



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

LETÍCIA BORGES DE ORNELAS

ANISTIA, MEMÓRIA E VERDADE: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA ADPF 153

BRASÍLIA
2020

LETÍCIA BORGES DE ORNELAS

ANISTIA, MEMÓRIA E VERDADE: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA ADPF 153

Monografia apresentada como requisito para
obtenção do grau de Bacharela em Direito
pela Universidade de Brasília

Orientador: Prof. Dr. Paulo Henrique Blair
de Oliveira

BRASÍLIA

2020

LETÍCIA BORGES DE ORNELAS

ANISTIA, MEMÓRIA E VERDADE: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA ADPF 153

Monografia apresentada como requisito obrigatório para obtenção do título de Bacharela
em Direito pela Universidade de Brasília – UnB

Data da defesa: 03/12/2020

Resultado:

COMISSÃO AVALIADORA

Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira

(Orientador)

Dr. Juliano Zaiden Benvindo

(Membro)

Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins

(Membro)

Dr. Guilherme Scotti Rodrigues

(Membro Suplente)

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe, Regina, minha primeira professora e minha maior incentivadora. Obrigada, mãe, por ter segurado a minha mão desde que o dia em que eu nasci, mas principalmente nesse ano tão difícil, no qual diversas vezes eu pensei que não conseguiria terminar a monografia. Obrigada pelo constante apoio e por sempre tentar me animar, seja com suas palavras de carinho ou com suas receitas maravilhosas.

Agradeço ao meu pai, Joéton, que desde a minha infância tem me ensinado que os estudos representam o melhor caminho e que os livros mudam vidas. Obrigada, pai, por ser esse grande exemplo de superação e resiliência. Sei que sem a sua influência eu não estaria realizando esse sonho de me formar em Direito pela Universidade de Brasília.

Agradeço à minha irmã, Lusana, que, mesmo longe, lembra de mim em todos os momentos e faz questão de encontrar formas de demonstrar seu apoio.

Agradeço ao Luís, que sempre me escuta com o coração aberto, me coloca para cima e tenta me fazer enxergar o melhor em mim. Obrigada pelos diversos gestos de amor e carinho.

Agradeço a todas as amigas que fiz durante a graduação e que tornaram todo o percurso menos difícil.

Agradeço à Universidade de Brasília, por ter me mostrado um mundo incrível de aprendizado e diversidade, e por resistir ofertando ensino, pesquisa e extensão de qualidade, mesmo com todas as tentativas de sucateamento.

Agradeço aos membros da banca, professor Juliano Zaiden, professor Argermiro Cardoso e professor Guilherme Scotti, pela atenção e disponibilidade.

Por fim, agradeço ao meu orientador, professor Paulo Blair, por ter acatado o meu tema e se mostrado muito solícito desde o início, direcionando o meu trabalho de forma zelosa e sanando prontamente todas as minhas dúvidas.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca da Lei da Anistia na ADPF 153. Para isso, o estudo se baseará nonexo entre direito e democracia, examinado por Habermas, para avaliar as condições de comunicação no debate que deu origem à anistia, bem como na perspectiva do direito como integridade, de Dworkin, para refutar o argumento da “intenção do legislador” adotado pela Corte e apresentar a integridade do direito como melhor alternativa de interpretação para o caso. Será demonstrado como a decisão do STF violou os direitos à memória e à verdade e contribuiu para uma situação inconstitucional de interdição da memória.

Palavras-chave: Anistia; memória; verdade; esquecimento; validade; legitimidade; intenção do legislador; integridade do direito.

ABSTRACT

The presente study aims do analyze the interpretation given by the Supreme Court to the Law of Amnesty in the ADPF 153. For that, the study will be based on the link between law and democracy, examined by Habermas, to evaluate the conditions of communication in the debate that has given origin to the amnesty, as well as the perspective of law's integrity, from Dworkin, to disprove the argument of the "legislative intent" adopted by the Court and present the law's integrity as the better method of interpretation to the case. It will be shown how the Supreme Court's decision has violated the rights to memory and truth and has contributed to a unconstitutional situation of memory's interdiction.

Key-words: Amnesty; memory; truth; oblivion; validity; legitimacy; legislative intent; law's integrity.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. A ANISTIA E A FORMAÇÃO DISCURSIVA DA VONTADE.....	12
2.1 Houve a participação ampla da sociedade civil?	12
2.2 As condições ideais de comunicação no processo de elaboração da norma	15
2.3 Análise da validade e da legitimidade da Lei da Anistia sob a perspectiva habermasiana	22
3. A ANÁLISE DA ADPF 153 A PARTIR DA CRÍTICA DE DWORKIN AO ORIGINALISMO E DA INTEGRIDADE DO DIREITO.....	27
3.1 A concepção centrada no texto legal e a concepção centrada nos direitos	27
3.2 A problemática do originalismo e da ideia de fidelidade à intenção do legislador ..	34
3.3 A questão da anistia como um caso difícil e a integridade do direito como solução	41
4. A INCONSTITUCIONALIDADE DA DECISÃO DO STF NA ADPF 153: VIOLAÇÃO DOS DIREITOS À MEMÓRIA E À VERDADE	48
4.1 O direito à memória e o direito à verdade como direitos constitucionais implícitos	48
4.2 A anistia como forma institucional de esquecimento	51
4.3 A adesão do STF ao discurso oficial da ditadura militar	55
4.4 Anistia e prescrição penal.....	59
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66

1. INTRODUÇÃO

“Eu estava sentada em uma cadeira do dragão, nua, amarrada, levando choque no corpo inteiro, ânus, vagina. Enquanto isso, o Gaeta, que era um torturador, estava se masturbando e jogando esperma em cima de mim.”¹

(Amelinha Teles)

A ditadura militar é, indiscutivelmente, um dos períodos mais perniciosos da história brasileira. Embora decorridos mais de trinta anos entre o final desse período antidemocrático e os dias atuais, muitas questões essenciais para a formação de uma memória fidedigna acerca da ditadura militar permanecem obscuras. Vários corpos seguem desaparecidos, diversas vítimas permanecem sem respostas e a identidade de grande parte dos torturadores que atuavam em nome do governo segue desconhecida.

Embora seja incontroverso que a tortura ocorreu de forma sistemática durante o período militar, nenhum dos torturadores chegou a ser responsabilizado por seus crimes. No Brasil, conforme explicitado por Napolitano, vive-se em um estado de “esquizofrenia ideológica”:

[...] fazendo conviver no mesmo Estado, discursos e ações pontuais tributários da memória crítica do regime militar, com redes institucionais que, se não endossam os valores autoritários e a violência política do passado, protegem os perpetradores impedindo qualquer punição na justiça criminal².

¹ Trecho do depoimento de Amelinha Teles sobre a tortura que sofreu durante o regime militar, publicado no canal Opera Mundi do youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?time_continue=76&v=fEc83XLDBpI&feature=emb_title>

² NAPOLITANO, Marcos. Recordar é vencer: *as dinâmicas e vicissitudes da construção da memória sobre o regime militar brasileiro*. Antíteses, v. 8, nov. 2015, p. 27.

Isso se deve, em grande parte, à Lei 6.683/1979, também conhecida como Lei da Anistia, cujo art. 1º, *caput*³ e § 1º⁴, é interpretado de forma a aplicar a anistia de forma extensiva aos militares que cometeram crimes como os de tortura, estupro, homicídio e desaparecimento forçado em nome da ditadura. É certo que, até hoje, a referida norma desperta diversos debates no âmbito jurídico, tanto em relação à sua interpretação e ao seu alcance, como também em relação à sua recepção pela Constituição de 1988, que trouxe, de forma expressa, a proibição de concessão de anistia aos crimes de tortura⁵, além de um rol extenso de direitos fundamentais que não endossam o perdão a crimes de lesa-humanidade.

Em razão disso, o Conselho Federal da OAB ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153, na qual pleiteava a declaração de não recepção da Lei de Anistia pelo texto constitucional de 1988 e a interpretação conforme a Constituição da referida legislação para que fossem excluídos de sua abrangência os crimes comuns praticados pelos agentes da ditadura militar. Alegava-se, principalmente, a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à informação e do princípio democrático. A ação, no entanto, foi julgada improcedente por sete votos a dois.

A argumentação do relator, Ministro Eros Grau, que foi seguido pela maioria, foi sustentada, principalmente, pelos seguintes fundamentos: (i) a anistia ampla, geral e irrestrita, que incluiria também os militares, foi uma demanda da sociedade civil, que empreendeu verdadeira luta para obtê-la e alcançou um acordo político genuíno com o governo para tanto; (ii) o texto da lei deve ser interpretado de forma benéfica para incluir os crimes praticados pelos militares, uma vez que essa seria a real intenção do legislador; (iii) não prospera o argumento de que a Lei da Anistia não deveria ser recebida por ter sido votada por órgãos legislativos de um regime autoritário, com membros eleitos inclusive pelos comandos militares, pois isso implicaria o reconhecimento de que todos os diplomas legais anteriores à Constituição de 1988

³ BRASIL. Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. Art. 1º: É concedida a anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas do poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

⁴ Ibidem. Art. 1º, § 1º: Consideram-se conexos, para efeitos deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

⁵ BRASIL. Constituição Federal, 1988. Art. 5º, XLIII: a lei considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a **prática de tortura**, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evita-los, se omitirem. (grifos meus)

seriam formalmente inconstitucionais; (iv) uma eventual revisão da Lei de Anistia caberia ao Poder Legislativo, e não ao Judiciário⁶.

A decisão do STF na ADPF 153 é até hoje alvo de muitas críticas. A questão da anistia está longe de encontrar uma resposta satisfatória e definitiva, tanto que, em 2014, foi ajuizada outra ação, pelo Partido Socialismo e Liberdade, acerca do mesmo tema: a ADPF 320, que ainda não foi votada pela Suprema Corte.

No mais, há relevância e urgência em prosseguir com as discussões sobre a anistia e a memória acerca da ditadura militar, sobretudo porque, atualmente, vislumbra-se uma resignação social cada vez maior frente a manifestações favoráveis ao golpe de 1964. Um exemplo claro disso recai sobre o atual presidente da república, Jair Bolsonaro, que, embora tenha demonstrado em diversas ocasiões seu apreço pela ditadura militar e, inclusive, prestado uma homenagem a um dos torturadores mais cruéis do período no plenário da Câmara dos Deputados⁷, foi eleito para o cargo mais alto na política brasileira. A aceitação de discursos que minimizam a gravidade das violações de direitos humanos perpetradas pelos militares são um indicativo da situação inconstitucional de interdição da memória vivida no Brasil. A decisão do STF na ADPF 153 contribuiu em grande escala para isso, visto que deu continuidade a um projeto arquitetado pelos próprios ditadores para obter o esquecimento e a impunidade em relação aos seus crimes.

O STF, ao confirmar a anistia para os responsáveis por crimes de lesa-humanidade, ratificou o direcionamento contrário do Brasil em relação aos demais países latino-americanos, que superaram os obstáculos para responsabilizar ditadores e torturadores, e à jurisprudência internacional de direitos humanos, cuja orientação é de que leis de anistia não podem representar óbices para o julgamento de responsáveis por graves violações de direitos humanos.

Haja vista todas as controvérsias que permeiam a questão, o presente trabalho tem como objetivo perquirir as problemáticas dos argumentos utilizados pelo STF na ADPF 153 a partir do nexo entre direito e democracia, examinado por Habermas, e da perspectiva da integridade do direito, de Dworkin. Primeiramente, analisar-se-á se os debates acerca da anistia aproximaram-se das condições ideais de comunicação apontadas por Habermas para se alcançar uma norma válida e legítima. Em seguida, será demonstrado como o argumento da intenção do legislador é falho, a partir das críticas feitas por Dworkin ao originalismo e da ideia do direito

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF n. 153/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 29/04/2010. Ver voto do relator.

⁷ ‘Enquanto me dava choques, Ustra me batia com cipó e gritava’, diz torturado na ditadura. G1. 19 de abril de 2016. Disponível em: < <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/04/enquanto-me-dava-choques-ustra-me-batia-com-cipo-e-gritava-diz-torturado-na-ditadura.html> >. Acesso em 20 de out. de 2020.

como integridade, apontada como a melhor forma de interpretação para o caso. Por fim, será demonstrado como a decisão do STF violou o direito à memória e à verdade, consolidando o esquecimento comandado pelo Estado acerca do passado repressivo.

Serão examinados, principalmente, os argumentos sustentados no voto do relator, Ministro Eros Grau, porquanto a maioria que o acompanhou se baseou em fundamentos muito similares aos seus, divergindo apenas em pontos específicos que não são essenciais na discussão proposta por este trabalho.

2. A ANISTIA E A FORMAÇÃO DISCURSIVA DA VONTADE

“Começa o interrogatório com perguntas que não sei responder. Pedem para que delate gente de quem nunca ouvi falar. Dizem que não quero cooperar, jogam água no chão e colocam algo no meus pés, e posso ver por debaixo do capuz que é uma máquina com eletrodos que são fixados nos meus genitais.”⁸

(Paulo Coelho)

2.1 Houve a participação ampla a sociedade civil?

Um dos argumentos utilizados pelo STF para julgar improcedente a ADPF 153 foi o de que interpretar a Lei de Anistia de modo a excluir os crimes comuns praticados pelos militares significaria romper com a boa-fé dos atores sociais que, na época da ditadura, lutaram por uma anistia nos moldes da Lei 6.683/1979. Para reforçar seu ponto, o Ministro Eros Grau menciona diversos movimentos sociais que teriam sido centrais no debate:

[...] a formidável luta pela anistia --- luta que, com o respaldo da opinião pública internacional, uniu os "culpados de sempre" a todos os que eram capazes de sentir e pensar as liberdades e a democracia e revelou figuras notáveis como a do bravo senador Teotonio Vilela; luta encetada inicialmente por oito mulheres reunidas em torno de Terezinha Zerbini, do que resultou o CBD (Comitê Brasileiro pela Anistia); pelos autênticos do MDB, pela própria OAB, pela ABI (à frente Barbosa Lima Sobrinho), pelo IAB, pelos sindicatos e confederações de trabalhadores e até por alguns dos que apoiaram o movimento militar, como o general Peri Bevilacqua, ex-ministro do STM [e foram tantos os que assinaram manifestos em favor do movimento militar!] -

⁸ Trecho do relato de Paulo Coelho sobre a tortura que sofreu durante a ditadura militar. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/entry/paulo-coelho-tortura-ditadura_br_5c9f920ae4b00ba6327de0f3>.

-- a formidável luta pela anistia é expressiva da página mais vibrante de resistência e atividade democrática da nossa História⁹.

Cumpré analisar, portanto, como ocorreu essa suposta participação da sociedade civil no debate da anistia, já que tratava-se de um regime antidemocrático, no qual o poder de oposição era notoriamente reduzido e os que ousavam se posicionar contra o governo eram presos, torturados, ou simplesmente desapareciam.

Existiu, de fato, uma movimentação social forte em prol da anistia. No entanto, o lema de anistia “ampla, geral e irrestrita”, adotado pela sociedade civil, não dizia respeito a uma pretensão de extensão da anistia aos delitos cometidos pelos militares, como apontado pelo Ministro Eros Grau, mas sim à aspiração de que a anistia abarcasse todos os atos praticados na resistência contra o regime militar¹⁰.

Usar a luta popular pela anistia como argumento para consolidar a impunidade dos militares, como foi feito pelo STF, não é apenas uma falsificação histórica, mas também uma insinuação absurda de que as vítimas dos crimes mais desprezíveis ansiavam por perdoar seus algozes. É importante lembrar que, durante a ditadura militar, cerca de 20.000 pessoas foram torturadas, e o governo foi responsável por pelo menos 434 mortes e desaparecimentos forçados¹¹. O regime valia-se de diversos métodos de tortura – como afogamentos, choques elétricos, inserção de insetos e ratos nos órgãos genitais, espancamentos, estupros e paus-de-arara – e as vítimas eram diversas: homens, mulheres e até mesmo crianças¹². Não havia vontade da sociedade civil em perdoar tais crimes, até porque violações sistemáticas e contínuas de direitos humanos são imperdoáveis.

O relator, em seu voto, omite aspectos que são inseparáveis da luta da população pela anistia. O *slogan* da anistia “ampla, geral e irrestrita” se popularizou sobretudo porque o projeto do governo, que foi o aprovado, negava o perdão aos condenados por crimes como o de terrorismo¹³, o que poderia gerar uma situação desarrazoada em que, aqueles cujos processos já tivessem transitado em julgado não seriam abarcados pela anistia, enquanto os que estavam

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF n. 153/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 29/04/2010. Ver voto do relator, p. 26-27.

¹⁰ ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. Mutações do conceito de anistia na justiça brasileira: *a terceira fase de luta pela anistia*. Revista de Direito Brasileira, 2012, p. 361.

¹¹ Dados da Human Rights Watch. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/news/2019/03/27/328618>>. Acesso em 22 de set. de 2020.

¹² Cf.: ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO – “Brasil: Nunca Mais”. Petrópolis, Vozes, 1985.

¹³ BRASIL. Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. Art. 1º, § 2º: Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.

com seus processos em curso seriam¹⁴. As mobilizações dos presos políticos, que ganharam proeminência em razão da realização da greve de fome nacional em 1979 em prol de uma anistia “ampla, geral e irrestrita”, objetivavam o reconhecimento da luta armada como meio legítimo de resistência à ditadura e a demonstração de repúdio ao projeto do governo que excluía a guerrilha da anistia¹⁵. Portanto, o que se percebe é que não se tratava de um projeto único e consensual, como pode parecer a partir da leitura do voto do Ministro relator da ADPF 153, mas sim de uma disputa entre dois projetos: a anistia irrestrita, pleiteada pelos movimentos sociais, e a anistia restrita, oferecida pelo governo.

No mais, esse não era o único ponto que diferenciava os dois projetos. A sociedade civil defendia a concepção de anistia como liberdade e reparação, já o sentido dado à anistia pelos militares era o de impunidade e esquecimento¹⁶. Havia uma forte resistência em se aceitar a possibilidade de extensão da anistia aos torturadores, e muitos parlamentares do Movimento Democrático Brasileiro se posicionaram incisivamente contra isso, embora ao final possam ter aceitado que esse seria o preço a se pagar para conseguir alguma anistia¹⁷. A movimentação popular também era no sentido de não conceder o perdão aos militares: “os militantes envolvidos na luta pela anistia afirmavam a necessidade de responsabilizar os torturadores por seus atos e investigar as mortes e desaparecimentos políticos”¹⁸.

O projeto dos militares foi o que predominou, e é ratificado até hoje pelas instituições, inclusive pelo STF. Não obstante, ao contrário do alegado na decisão da ADPF 153, a Lei 6.683/1979 não é consentânea com a luta da sociedade civil pela anistia. Conforme explica Carlos Fico:

Não se deve confundir a Campanha da Anistia com a lei de 1979. [...] A exigência de uma anistia “ampla, geral e irrestrita” tornou-se o slogan da campanha. Ela foi marcada pela esperança. A Lei da Anistia, ao contrário, aprovada em agosto de 1979, compunha uma estratégia delineada por um grupo restrito de integrantes do regime (especialmente Geisel, Golbery e

¹⁴ WESTIN, Ricardo. *Há 40 anos, Lei da Anistia preparou caminho para o fim da ditadura*. Agência Senado, 5 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/ha-40-anos-lei-de-anistia-preparou-caminho-para-fim-da-ditadura>. Acesso em: 9 de set. de 2020.

¹⁵ OLIVEIRA, Lucas. *As dinâmicas da luta pela anistia na transição política*. 2015. Dissertação (Mestrado em História Social) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2015, p. 41-42.

¹⁶ ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. Mutações do conceito de anistia na justiça brasileira: *a terceira fase de luta pela anistia*. Revista de Direito Brasileira, 2012, p. 359.

¹⁷ Cf.: FICO, Carlos. A negociação parlamentar da anistia de 1979 e o chamado perdão aos torturadores. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. p. 318-332. Brasília: Ministério da Justiça, jul.-dez. 2010.

¹⁸ OLIVEIRA, Lucas. Op. Cit., p. 49.

Petrônio Portela) e fazia parte da lógica segundo a qual era preciso enfraquecer o partido de oposição, o MDB, a fim de se garantir o controle da abertura política, planejada para transcorrer sem maiores percalços e, sobretudo, sem que os responsáveis pelos desmandos da ditadura fossem punidos. Com a anistia e o fim do bipartidarismo esperava-se que líderes políticos exilados retornassem ao Brasil e criassem novos partidos, enfraquecendo a sigla de Ulysses Guimarães. **A exclusão da anistia dos “condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal” e o chamado “perdão aos torturadores” frustraram a expectativa otimista da campanha.** A lei de 1979, que beneficiou oposicionistas, mas também foi uma autoanistia, tornou-se a principal cláusula da transição democrática dos anos 1980 e consagrou a impunidade¹⁹. (grifos meus)

Não há dúvidas, destarte, que a anistia concretizada por meio da Lei 6.683/1979 não foi a mesma pela qual os movimentos sociais lutaram. Evidentemente, no contexto de ditadura em que estava inserida, a sociedade civil não contava com condições equânimes para pleitear, institucionalmente, seu projeto de anistia. Abrão e Torelly apontam diversas razões pelas quais a Lei da Anistia, no contexto em que foi aprovada, não pode ser considerada um acordo político entre iguais: (i) nem todos os parlamentares que votaram a lei foram eleitos pelos cidadãos, dado que se torna crucial quando se leva em conta que a referida lei foi aprovada por uma apertada maioria de 206 a 201 votos; (ii) não se pode falar em “oposição livre” durante aquele período, mas sim em uma “oposição consentida”; (iii) não existia uma relação de igualdade entre o governo e a sociedade civil para legitimar um acordo²⁰. Portanto, existia uma movimentação da sociedade civil que, no entanto, ainda sofria com as repressões próprias do regime militar e, nas Casas Legislativas, encontrava diversos obstáculos que a colocaram em extrema desvantagem. E, como a Lei da Anistia foi aprovada ainda em um contexto de ditadura, é evidente que a participação popular efetiva não existiu.

2.2 As condições ideais de comunicação no processo de elaboração da norma

O nexó entre direito e democracia, proposto por Habermas, é essencial para compreender se o debate da anistia preencheu os pressupostos para se alcançar uma formação

¹⁹ FICO, Carlos. História do Tempo Presente, eventos traumáticos e documentos sensíveis: *o caso brasileiro*. VARIA HISTÓRIA, Belo Horizonte, vol. 28, n. 47, jan/jun 2012, p. 51.

²⁰ ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. Mutações do conceito de anistia na justiça brasileira: *a terceira fase de luta pela anistia*. Revista de Direito Brasileira, 2012, p. 363.

discursiva da vontade legítima. É incontroverso que, como o referido debate ocorreu em um contexto de ditadura militar, não era possível a construção de um espaço de discussão democrático. Ainda assim, as condições ideais de comunicação apontadas por Habermas ajudam a entender a amplitude da falibilidade do processo de formação da vontade na aprovação da Lei de Anistia. Como já visto, a sociedade civil estava em uma posição de desvantagem que obstava a aprovação de uma lei da anistia nos moldes pelos quais lutava. Mas quais são as condições ideais de comunicação no processo de elaboração de uma lei? Em que medida o debate da anistia se distanciou dessas condições ideais?

Primeiramente, cumpre salientar que, para Habermas, essas condições só são cumpridas quando se está inserido em uma ordem jurídica legítima:

Uma ordem jurídica é legítima quando assegura por igual a autonomia de todos os cidadãos. E os cidadãos só são autônomos quando os destinatários do direito podem ao mesmo tempo entender-se a si mesmos como autores do direito. E tais autores só são livres enquanto participantes de processos legislativos regrados de tal maneira e cumpridos sob tais formas de comunicação que todos possam supor que regras firmadas desse modo mereçam concordância geral e motivada pela razão. Do ponto de vista normativo, não há Estado de direito sem democracia²¹.

É evidente que, durante a ditadura militar, não existia ordem jurídica legítima. Não havia nem sequer um Estado de direito, pois não existia democracia. Além de se tratar de um regime marcado pela violação sistemática de direitos fundamentais, a representação da sociedade pelo voto era restrita, uma vez que, embora houvesse eleições para alguns cargos do Poder Legislativo no período em que a Lei da Anistia foi aprovada, o Senado contava com 21 senadores biônicos, o que assegurava uma maioria dos representantes dos militares²². Não subsistia nenhum aspecto democrático²³.

Não há também como dizer que a sociedade civil entendia-se como autora da Lei da Anistia aprovada, posto que, como já visto, o projeto que venceu foi o imposto pelo governo.

²¹ HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 242-243.

²² GALLO, Carlos Artur. O Brasil entre a memória, o esquecimento e a (in)justiça: *uma análise do julgamento da ADPF n. 153 pelo Supremo Tribunal Federal*. Revista Brasileira de Ciência Política, Brasília, n. 24, setembro – dezembro de 2017, p. 85.

²³ Conforme elucidado por Dworkin (2006), uma concepção adequada de democracia não se reduz à vontade da maioria, devendo respeitar ideais de justiça, equidade e liberdade. Na ditadura militar, não se observavam esses ideais e nem a vontade da maioria.

No mais, se houve alguma concordância em relação ao projeto aprovado, esta foi motivada pela necessidade, e não pela razão. “A oposição concluiu que seria melhor ficar com a anistia do governo do que não ter anistia nenhuma”²⁴.

Inclusive, o próprio Ministro Eros Grau assume, em seu voto, que a aceitação da Lei 6.683/1979 era a única forma de sair da ditadura militar sem sofrer uma maior repressão: “Era ceder e sobreviver ou não ceder e continuar a viver em angústia (em alguns casos, nem mesmo viver)”²⁵. Se o próprio STF assume que a aprovação da Lei da Anistia se deu nessas condições, é incoerente que o mesmo Tribunal defenda que a referida norma tenha resultado de um acordo político legítimo. Não há acordo quando se está diante de uma assimetria de poder tão evidente e a sociedade se vê obrigada a aceitar os termos propostos para não sofrer mais com a perseguição, a tortura e o regime ditatorial. O fato de a anistia bilateral ter sido a única possível naquele momento não deve ser usado como argumento para sua legitimação:

[...] quando se verbaliza que a anistia “para os dois lados” seria uma condição para a reconciliação, revela-se aí a sua face autoritária, ao produzir-se uma chantagem odiosa e repressiva: a concessão de uma liberdade restrita somente seria admitida com a condição da impunidade²⁶.

No que tange às condições de comunicação que fornecem força legitimadora à formação institucionalizada da vontade, Habermas elucida que os pressupostos básicos a serem cumpridos são: inclusão completa e participação de todos os interessados, visando ao alcance dos melhores argumentos; direitos iguais para todos os participantes; ausência de coação; orientação ao entendimento mútuo²⁷. Em razão da importância de todas essas condições elencadas, cada uma será analisada individualmente em cotejo com o momento histórico da aprovação da Lei da Anistia.

Quanto ao pressuposto de participação de todos os interessados, não se pode dizer que este foi cumprido. Diversos grupos políticos de oposição não participaram do debate sobre a

²⁴ Fala da professora Vanessa Dorneles Schinke. Fonte: Agência Senado. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/ha-40-anos-lei-de-anistia-preparou-caminho-para-fim-da-ditadura>>. Acesso em: 12 de set. de 2020.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF n. 153/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 29/04/2010. Ver voto do relator, p. 57.

²⁶ ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. Mutações do conceito de anistia na justiça brasileira: *a terceira fase de luta pela anistia*. Revista de Direito Brasileira, 2012, p. 363.

²⁷ HABERMAS, Jürgen. Verdade e Justificação: *ensaios filosóficos*. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 283-284.

anistia pois estavam exilados, banidos, ou eram obrigados a funcionar na clandestinidade²⁸. No contexto do bipartidarismo imposto, cabia apenas ao MDB realizar uma oposição consentida e limitada. Não havia um ambiente propício à máxima participação e à apresentação de todos os argumentos relevantes, na medida em que o regime militar manteve todo o controle do processo político, ignorando a opinião nacional sobre a anistia e levando os parlamentares do MDB a acusarem o governo de impossibilitar qualquer negociação²⁹. Esse ponto já evidencia um distanciamento significativo entre as condições em que ocorreram os debates sobre a anistia no Brasil e as condições ideais do processo de normatização jurídica elencadas por Habermas. Para o autor, só se pode exigir o assentimento dos que são afetados por uma lei quando esta é resultado do melhor argumento, e este só pode ser alcançado com a inclusão de todos os afetados na formação discursiva da vontade:

É, com efeito, nessas exigentes condições comunicacionais que todas as sugestões, informações, razões, evidências e objeções disponíveis relevantes para a escolha, a especificação e a solução de um problema dado devem entrar de tal modo em jogo que os melhores argumentos se façam valer e que o melhor, em cada ocorrência, seja decisivo³⁰.

É importante ressaltar que, para o preenchimento desse pressuposto de inclusão, não basta que existam cidadãos com capacidade de agir coletivamente, pois é necessária a procedimentalização da soberania popular, de modo que as deliberações institucionais sejam efetivamente influenciadas pelas opiniões públicas³¹. Destarte, ainda que à época da aprovação da Lei 6.683/1979 houvesse uma movimentação popular forte e organizada pela anistia, não existiu inclusão se, institucionalmente, a sociedade civil encontrava inúmeros obstáculos para pleitear seu projeto.

O próximo pressuposto a ser analisado é o de direitos iguais para todos os participantes. Essa condição está diretamente relacionada ao princípio da democracia, na medida em que só

²⁸ ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. Mutações do conceito de anistia na justiça brasileira: *a terceira fase de luta pela anistia*. Revista de Direito Brasileira, 2012, p. 363.

²⁹ OLIVEIRA, Lucas. *As dinâmicas da luta pela anistia na transição política*. 2015. Dissertação (Mestrado em História Social) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2015, p. 102-103.

³⁰ HABERMAS, Jürgen. Verdade e Justificação: *ensaios filosóficos*. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 303-304.

³¹ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: *entre facticidade e validade*. Volume II. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 1997, p. 21.

é efetivada quando cada um usufrui de igual participação no processo de elaboração da norma³². Nessa dimensão, é imprescindível que se garanta a liberdade comunicativa, ou seja, a possibilidade de ocupar uma posição argumentativa em relação aos proferimentos de um oponente. “Iguais direitos políticos fundamentais para cada um resultam, pois, de uma juridificação simétrica da liberdade comunicativa de todos os membros do direito”³³.

Percebe-se que o pressuposto dos direitos iguais para todos os participantes está intrinsecamente relacionado ao pressuposto da inclusão total, analisado anteriormente, pois também não há como se falar em liberdade comunicativa quando determinados partidos políticos não puderam participar do debate de anistia por estarem proibidos de funcionar. Mais do que isso, não há liberdade comunicativa em um regime que perseguiu e torturou seus críticos. Outrossim, não houve participação simétrica, visto que os militares implantaram senadores biônicos para garantir que conseguissem a maioria nas deliberações legislativas. Também não há que se falar em iguais direitos políticos durante uma ditadura militar: a participação política da sociedade civil não era apenas limitada, mas também violentamente reprimida.

É indispensável, na teoria do discurso de Habermas, que as discussões sejam realizadas sob condições de negociação equitativas³⁴, o que não ocorreu no caso da Lei de Anistia. Na realidade, não há nem como se falar em negociação no caso, já que estavam “de um lado, os governantes e a força de suas armas, de outro, a sociedade civil criminalizada, presa ou pelas grades de ferro ou pelas leis ilegítimas de exceção”³⁵. Destarte, não foi atendido o princípio da democracia, pois na ditadura militar não havia espaço para que os atores sociais se reconhecessem mutuamente como membros iguais e livres.

Prosseguindo na análise das condições ideais de comunicação, o próximo passo é examinar se não houve coação. Evidentemente, é muito difícil se falar em ausência de coação em um regime que torturou e matou seus opositores. No mais, como já visto, a Lei da Anistia proposta pelo governo somente foi aceita por ser a única forma de se conseguir alguma anistia e de sair da ditadura. Esse é mais um aspecto que denota o abismo entre o debate da anistia no Brasil e as condições da teoria do discurso de Habermas pois, para o autor, a única coerção que deve subsistir no processo de formação discursiva da vontade é a do melhor argumento³⁶. Se a

³² HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume I. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 1997, p. 146.

³³ Ibidem, p. 194.

³⁴ Ibidem, p. 143.

³⁵ ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. Mutações do conceito de anistia na justiça brasileira: a terceira fase de luta pela anistia. *Revista de Direito Brasileira*, 2012, p. 363.

³⁶ HABERMAS, Jürgen. Op. Cit., p. 137.

Lei da Anistia do governo representava a única forma de pôr fim ao regime ditatorial, ela não preponderou por ser resultado do melhor argumento.

Nesse ponto, é importante diferenciar a aceitabilidade da simples aceitação. A aceitabilidade racional, essencial a uma formação discursiva da vontade legítima, significa que, no processo de elaboração da lei, foi levado em conta o interesse simétrico de todos os envolvidos, de forma de que todos possam, amparados em boas razões, dar seu assentimento a essa norma³⁷. Já a simples aceitação ocorre quando uma autoridade consegue manipular o processo comunicativo, impedindo que este ocorra de forma livre e impondo argumentos:

Na medida em que freia a mobilização comunicativa de argumentos, provocando automaticamente o silenciamento da crítica, as normas e valores autoritários passam a formar para os que agem comunicativamente um leque de dados que permanece subtraído à corrente de problematização de seus processos de entendimento³⁸.

Pelo todo aqui exposto, percebe-se que, no contexto da aprovação da Lei da Anistia, houve no máximo a simples aceitação da norma, mas não a aceitabilidade racional. Como o governo militar mostrou-se irredutível em relação à concessão do perdão aos torturadores e à não extensão da anistia à resistência armada, mesmo com todas as manifestações sociais – e até mesmo parlamentares, por meio dos membros do MDB – contra tais imposições, não se pode dizer que esses pontos passaram pela problematização no processo de entendimento. A aceitabilidade racional só se mostra presente quando subsiste uma cultura política libertadora e uma socialização política esclarecida³⁹, elementos que são repelidos em uma ditadura.

Por fim, resta analisar o último pressuposto apontado por Habermas: a orientação ao entendimento mútuo. É importante lembrar que Lei 6.683/1979 fazia parte do projeto do governo de garantir o controle sobre todos os aspectos da transição democrática. Portanto, os militares não agiam no sentido de se entender com a sociedade civil, mas sim de delimitar até onde estavam dispostos a ceder, sem abrir mão do controle do processo político e das instituições⁴⁰. No mais, cabe o questionamento: até que ponto é possível o entendimento em

³⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume I. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 1997, p. 137.

³⁸ Ibidem, volume II, p. 58.

³⁹ Ibidem, p. 25.

⁴⁰ OLIVEIRA, Lucas. *As dinâmicas da luta pela anistia na transição política*. 2015. Dissertação (Mestrado em História Social) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2015, p. 102.

uma ditadura? Mesmo que a aprovação da Lei da Anistia tenha ocorrido no período da abertura “lenta, gradual e segura”, ainda era um período ditatorial. Não houve entendimento: a sociedade civil se viu obrigada a aceitar o projeto de anistia do governo, pois era a única forma de conseguir alguma anistia e de acabar com a repressão naquele momento.

É forçoso concluir que o debate da anistia não preencheu nenhuma das condições ideais de comunicação no processo de normatização. O próprio Habermas assume que dificilmente uma ordem política conseguirá preencher suficientemente todas essas condições ideais, contudo, deve-se buscar a forma mais aproximada o possível do modelo comunicacional puro⁴¹. É evidente que o contexto da aprovação da Lei 6.683/1979 não permitiu nem sequer um atendimento parcial dos pressupostos comunicacionais.

O Ministro Eros Grau aponta, em seu voto, que a Lei da Anistia deve ser analisada de acordo com a realidade histórico-social do momento em que foi promulgada:

A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979 --- assumida. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. **Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada.** Para quem não viveu as jornadas que a antecederam ou, não as tendo vivido, não conhece a História, para quem é assim a Lei n. 6.683 é como se não fosse, como se não houvesse sido⁴². (grifos meus)

Todavia, tal argumento não fornece sustentação lógica para a conclusão do seu voto. A Lei 6.683/1979 não foi conquistada pela sociedade civil, que lutava por um projeto distinto de anistia, mas sim imposta pelo governo militar, dentro de sua agenda de controle total sobre a transição democrática. Além disso, o cotejo com a realidade histórico-social do período de debate sobre a anistia apenas ratifica que todo o processo de discussão e aprovação da referida norma foi ilegítimo.

⁴¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume II. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 1997, p. 43.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF n. 153/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 29/04/2010. Ver voto do relator, p. 50.

2.3 Análise da validade e da legitimidade da Lei da Anistia sob a perspectiva habermasiana

Agora que já analisadas as condições ideais de comunicação em confronto com as condições em que ocorreram o debate da anistia no Brasil, a perspectiva habermasiana também auxilia na compreensão de se a lei resultante desse debate pode ser considerada legítima e válida.

Antes de tudo, é essencial entender que o fato de uma lei ter passado por um processo de deliberação legislativa aparentemente regular não a confere, por si só, legitimidade:

[...] nos imperativos funcionais do aparelho estatal do sistema econômico e de outros domínios da sociedade, impõe-se muitas vezes interesses não suficientemente filtrados, por serem os mais fortes, servindo-se da força legitimadora da forma jurídica, a fim de disfarçar sua imposição meramente factual. [...] **Com muita frequência o direito confere aparência de legitimidade ao poder ilegítimo.** À primeira vista, ele não denota se as realizações de integração jurídica estão apoiadas no assentimento dos cidadãos associados, **ou se resultam de mera autoprogramação do Estado e do poder estrutural da sociedade;** tampouco revela se elas, apoiadas neste substrato material, produzem por si mesmas a necessária lealdade das massas⁴³. (grifos meus)

A estratégia do regime ditatorial foi justamente tentar atribuir a aparência de legitimidade à Lei da Anistia, ao permitir que esta fosse aprovada por um processo legislativo com alguns parlamentares eleitos pelos cidadãos, mas, ao mesmo tempo, mantendo todo o controle das instituições e mostrando-se irredutível às demandas da sociedade civil. A Lei 6.683/1979 foi resultado da autoprogramação do governo militar de assegurar o domínio integral sobre os rumos da transição democrática.

A verdadeira legitimidade só existe quando o agir comunicativo é orientado ao atendimento das condições já analisadas aqui, ou seja, quando o processo de discussão inclui todos os potencialmente envolvidos, considera igualmente todos os interesses afetados,

⁴³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume II. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 1997, p. 62.

assegura uma participação equitativa e não é marcado pela coação. É evidente que, sob a perspectiva habermasiana, a Lei da Anistia não pode ser considerada legítima.

É interessante observar, todavia, que o STF não apenas considera a Lei 6.683/1979 legítima, mas também parte da ideia de que revisar a referida legislação agora seria tentar “reconstruir a história”⁴⁴. Reiteradamente, em seu voto, o Ministro Eros Grau assenta que a Lei da Anistia deve ser interpretada de acordo com a realidade histórica do momento em que foi promulgada. Contudo, esse não deveria ser um óbice a uma eventual revisão da interpretação que vem sendo aplicada à aludida norma. Pelo contrário, o fato da lei ter sido aprovada no contexto de uma ditadura sanguinária deveria ser contado como um argumento a favor de sua revisão.

Além disso, de acordo com a teoria de Habermas, ainda que as condições de comunicação houvessem sido preenchidas de forma razoável, o processo de entendimento deveria manter-se aberto à possibilidade de dissenso e de resgate discursivo, em face de novas informações, argumentos melhores e condições mais favoráveis para o debate:

Retrospectivamente, podemos nos dar conta tanto de que nos enganamos a respeito dos pressupostos de argumentação como de que não prevemos certas circunstâncias relevantes. A idealização das condições de justificação, à qual procedemos em discursos racionais, constitui o critério para uma reserva, atualizável a qualquer momento, em relação ao grau de descentração alcançado por nossa comunidade de justificação. [...] Quando os envolvidos são excluídos da participação, ou temas são abafados, contribuições relevantes são reprimidas, interesses específicos não são honestamente articulados ou convincentemente formulados, quando os outros não são respeitados em sua alteridade, podemos esperar que tomadas de posição racionalmente motivadas não se façam valer ou nem sequer sejam exteriorizadas. Essa falibilidade é totalmente compatível com o caráter para nós definitivo de um acordo a respeito do qual supomos, de maneira exata ou não, ter sido realizado em condições de justificação suficientemente ideais⁴⁵.

É inexorável que, atualmente, no contexto do Estado democrático de direito, tem-se acesso a muito mais informações sobre a ditadura militar, maior liberdade comunicativa e as condições para o debate são substancialmente mais adequadas. É irrazoável, portanto, que o STF tenha demonstrado tanta resistência em revisar a Lei da Anistia em prol de uma suposta

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF n. 153/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 29/04/2010. Ver voto do relator, p. 58.

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. Verdade e Justificação: *ensaios filosóficos*. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 292.

deferência em relação ao momento histórico de promulgação da lei. E não há razão para olhar o período de aprovação da Lei 6.683/1979 com condescendência: ainda era a mesma ditadura que matava, torturava e estuprava qualquer um que fosse arbitrariamente acusado de algum suposto ato subversivo.

O relator não declarou que uma revisão da anistia seria inviável, mas assentou que esta só poderia ser realizada pelo Poder Legislativo: “Esse acompanhamento das mudanças do tempo e da sociedade, se implicar necessária revisão da lei de anistiam deverá ser feito pela lei”⁴⁶. Não obstante, conforme explicitado por Habermas, o tribunal constitucional deve exercer um papel ativo na garantia de processos democráticos:

[...] é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente⁴⁷.

Não se vislumbra, destarte, na fundamentação da ADPF 153, um argumento plausível para a impossibilidade de revisão de Lei da Anistia pelo STF. Até porque não se pleiteava a sua revogação ou a alteração de seu texto, mas sim a declaração de sua não recepção pela Constituição de 1988 e a sua interpretação conforme o texto constitucional, tarefas que estão inseridas nas prerrogativas da Suprema Corte.

A Lei da Anistia, assim como não pode ser considerada legítima, também não pode ser tida como válida. Na teoria de Habermas, o plano da validade está diretamente relacionado ao da legitimidade, porquanto uma norma só pode ser considerada válida se todos os interessados puderem dar a ela seu assentimento, e isso só ocorre quando garantido o processo discursivo racional, ou seja, um processo legítimo de elaboração da norma⁴⁸. “Só são válidos os juízos e normas que, do ponto de vista inclusivo da igual consideração das reivindicações pertinentes de todas as pessoas, poderiam ser aceitos por boas razões por parte de cada pessoa envolvida”⁴⁹.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF n. 153/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 29/04/2010. Ver voto do relator, p. 61.

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: *entre facticidade e validade*. Volume I. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 1997, p. 347.

⁴⁸ Ibidem, volume II, p. 142.

⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. Verdade e Justificação: *ensaaios filosóficos*. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 294.

Como o debate sobre a Lei da Anistia não foi inclusivo o suficiente para gerar uma aceitabilidade racional, não pode ser considerado válido.

A validade diz respeito ao conteúdo da norma e a legitimidade se refere ao seu processo de elaboração, sendo que ambas estão intrinsecamente conectadas. Para ser considerado legítimo, o direito precisa ser consentâneo com princípios morais que dispõem de validade geral⁵⁰. E a dimensão moral é imprescindível ao plano de validade, pois é a validade deontológica que confere à norma o sentido de obrigação incondicional e universal⁵¹. Essa obrigação não decorre do poder coercitivo do Estado, mas sim do fato de que a norma válida está de acordo com princípios morais que merecem o assentimento da sociedade e que se traduzem em direitos fundamentais. Em suma, a análise de validade de uma norma deve se dar da seguinte forma:

[...] a complexa pretensão de validade de normas jurídicas pode ser entendida como a pretensão de levar em conta, em primeiro lugar, os interesses parciais firmados estrategicamente, de modo que estes se combinem com o bem comum; em segundo lugar, de recuperar princípios universalistas de justiça no horizonte de uma forma de vida cunhada por constelações particulares de valores⁵².

Nessa dimensão, é importante ressaltar que a análise da validade da Lei da Anistia deve ser deontológica, e não valorativa. Isso porque, enquanto os princípios e as normas morais têm o condão de obrigar todos os seus destinatários, os valores traduzem apenas preferências compartilhadas em um determinado momento, para alcançar um determinado fim e, destarte, não carregam em si o mesmo sentido de obrigatoriedade absoluta e universal⁵³. Dos valores, somente pode advir uma obrigação relativa, pois estes estão em constante concorrência e tensão com outros valores⁵⁴. Enquanto as normas preceituam o que é bom para todos, os valores tratam do que é bom para um determinado grupo⁵⁵. As regras morais traduzem direitos fundamentais, enquanto os valores sustentam apenas um modelo de bens atraentes.

⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: *entre facticidade e validade*. Volume I. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 1997, p. 350-351.

⁵¹ Ibidem, p. 316.

⁵² Ibidem, p. 351.

⁵³ Ibidem, p. 316.

⁵⁴ Ibidem, p. 317.

⁵⁵ Ibidem.

Quando o STF parte do pressuposto de que a Lei de Anistia é válida por ter sido a única que possibilitaria a transição democrática sem mais perseguições à sociedade civil, a Corte adota um sentido teleológico que é próprio da análise valorativa. O fato de o projeto dos militares ter se mostrado o mais atrativo para alcançar o fim do regime sem mais conflitos não significa que a lei seja válida. No mais, a Lei da Anistia não merece ser considerada válida no sentido de considerar o que é bom para todos, porquanto considerou-se o que seria bom para os militares, atendendo apenas a uma análise baseada em valores.

Ocorre que, evidentemente, uma norma baseada em valores não pode ser considerada válida, assim como não tem o condão de impor uma obrigatoriedade absoluta. É verdade que a Lei 6.683/1979 é seguida e aplicada até hoje, não obstante, isso não decorre de uma obediência baseada na validade e no fato da norma ser justificada de um ponto de vista moral, mas sim da mera imposição de obediência pelas instituições, inclusive pelo STF. Isso não atende aos pressupostos colocados por Habermas, segundo o qual a norma deve ser seguida pelo simples fato de ser válida e, conseqüentemente, poder ser aceita racionalmente.

Em suma, a Lei da Anistia não foi elaborada em um processo legislativo racional e legítimo, não gerou aceitabilidade racional e não preenche o pressuposto deontológico de conformidade com princípios universais de justiça. Destarte, na perspectiva habermasiana, a referida norma não pode ser considerada legítima ou válida.

3. A ANÁLISE DA ADPF 153 A PARTIR DA CRÍTICA DE DWORKIN AO ORIGINALISMO E DA INTEGRIDADE DO DIREITO

“Servi de cobaia para uma aula de tortura. O professor, diante de dos seus alunos fazia demonstrações com o meu corpo. [...] Enquanto eu levava choques elétricos, pendurada no tal pau de arara, ouvi o professor dizer: ‘essa é a técnica mais eficaz’.”⁵⁶

(Dulce Pandolfi)

3.1 A concepção centrada no texto legal e a concepção centrada nos direitos

Dworkin, em sua obra, discorre acerca de duas concepções distintas de Estado de Direito: a centrada no texto legal e a centrada nos direitos. A concepção centrada no texto legal repudia qualquer decisão que se fundamente em um julgamento político, porquanto busca, a qualquer custo, conhecer a intenção do legislador para aplicar o que está na legislação, e não o que deveria estar⁵⁷. Já a concepção centrada nos direitos considera que, embora o texto jurídico seja relevante, não pode ser tido a fonte exclusiva de direitos, de modo que, quando a redação da lei for omissa ou ocasionar interpretações conflitantes, deve ser aplicada aquela que melhor atenda aos direitos das partes envolvidas, o que não necessariamente coincide com uma suposta intenção do legislador⁵⁸. Tal distinção é importante na análise da ADPF 153 pois, conforme será demonstrado, o STF adotou uma concepção centrada no texto legal na ocasião e essa forma de interpretação apresenta algumas problemáticas.

⁵⁶ Testemunho de Dulce Chaves Pandolfi à Comissão Estadual da Verdade do Rio de Janeiro, em 28 de maio de 2013. Disponível em: [http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/documentos/Capitulo15/Nota%201%20-%20000092_001463_2013_30%20Dulce%20Chaves%20Pandolfi%20\(CEV-RJ\).pdf](http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/documentos/Capitulo15/Nota%201%20-%20000092_001463_2013_30%20Dulce%20Chaves%20Pandolfi%20(CEV-RJ).pdf).

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Martins Fontes, São Paulo, 2001, p. 13-14.

⁵⁸ Ibidem, p. 14-15.

A escolha por uma das duas concepções citadas é relevante quando se está diante de uma lei cujo texto gera interpretações divergentes. Pode-se dizer que esse é o caso da Lei 6.683/1979, uma vez que, embora a interpretação que vem sendo aplicada, inclusive pelo STF, seja a de que a expressão “crimes conexos com políticos”⁵⁹ abarca os diversos crimes cometidos pelos militares da ditadura, parte significativa da doutrina argumenta que os delitos praticados pelos agentes do governo ditatorial não podem ser considerados políticos e nem conexos com estes e, portanto, não deveriam ser alcançados pela anistia. Isso porque, enquanto os crimes políticos são aqueles praticados contra uma ordem vigente, os delitos cometidos em nome do regime repressivo buscavam o contrário disso, ou seja, a manutenção da ordem ditatorial, e também não são conexos, pois não foram cometidos em concurso material ou para encobrir algum crime político⁶⁰. Diante das divergências e do texto obscuro da lei, por que o STF optou pela interpretação que estende a anistia aos militares que cometeram crimes como o de tortura, estupro, homicídio e desaparecimento forçado?

O Ministro Eros Grau, em seu voto, argumenta que, ao interpretar a expressão “crimes conexos”, constante na redação da Lei de Anistia, deve-se ater ao sentido que se buscou atribuir no momento da promulgação da lei, ou seja, o de que a anistia abarcaria os agentes do regime repressivo:

É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979 que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma a inicial, **“se procurou” estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão**⁶¹. (grifos meus)

⁵⁹ BRASIL. Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. Art. 1º: É concedida a anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos **ou conexos com estes**, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas do poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativos e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. (grifos meus)

⁶⁰ SILVA, Ianaiê. Anistia em debate: a análise da decisão da ação de descumprimento de preceito fundamental nº 153 e seus reflexos no Estado Democrático. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=67974233917cea0e>. Acesso em 25 de set. de 2020. P. 7-8.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF n. 153/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 29/04/2010. Ver voto do relator, p. 50.

A estratégia de perquirir um momento histórico para descobrir a vontade do legislador e, assim, alcançar a interpretação mais correta de uma lei, como foi feito pelo STF na ADPF 153, é característica da concepção centrada no texto legal. Ocorre que tal concepção é falha, principalmente porque parte de suposições abstratas e porque há uma dificuldade em se definir o que seria a “intenção do legislador”.

Como visto, a expressão “crimes conexos” poderia, em tese, ser interpretada tanto de forma a incluir os crimes praticados pelos agentes do regime militar, como de forma a excluí-los. A Lei da Anistia não foi clara nesse ponto, de modo que abriu espaço para as duas interpretações. O STF argumenta que deve ser adotada a primeira interpretação, pois é a que coincide com a vontade legislativa. Mas como a Corte alcançou essa certeza? Segundo Dworkin, quando se está diante de uma lei que pode gerar duas interpretações distintas, não há como se alcançar de forma incontestada o que o legislador teria pretendido no caso, de modo que a concepção centrada no texto legal baseia-se em meras suposições:

Pois, embora seja sensato afirmar que se a legislatura tomou uma ou outra dessas decisões, é mais provável que tenha tomado a que se expressa mais naturalmente pelas palavras que usou, não é sensato argumentar na outra direção, que, porque usou essas palavras, deve ter tomado uma ou outra dessas decisões. Pode não ter tomado nenhuma. Na verdade, o fato de que as palavras usadas são compatíveis com cada uma das decisões torna mais provável que não tenha tomado nenhuma delas, a menos que exista alguma prova independente de que o fez⁶².

O STF não aponta, em sua decisão, nenhuma prova independente de que o legislador teria decidido estender a anistia aos militares. Como visto no capítulo anterior, a Corte baseia-se no fato de que existia uma luta popular pela anistia, mas, conforme já demonstrado, os movimentos sociais não objetivavam perdoar os torturadores. O relator argumenta também que historicamente, no Brasil, as legislações concessivas de anistia mostraram ter caráter amplo, o que sempre foi endossado pelo STF. Para fundamentar sua tese, vale-se de declarações feitas na época da promulgação da Lei n. 6.683, como aquela constante em parecer enviado pela OAB ao presidente do Senado Federal em 1979⁶³. Esses artifícios são próprios de uma concepção centrada nos direitos, que fixa-se em:

⁶² DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Martins Fontes, São Paulo, 2001, p. 19.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF n. 153/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 29/04/2010. Ver voto do relator, p. 50.

[...] declarações periféricas feitas em audiências legislativas, ou no recinto legislativo, ou em outros dispositivos de leis de áreas relacionadas, tentando demonstrar que essas declarações ou dispositivos são incompatíveis com a intenção de criar uma lei sob uma interpretação da expressão obscura, embora compatíveis com a intenção de criar uma lei sob a outra interpretação. Esse não é um argumento a favor da afirmação de que legisladores mais influentes pretendiam adotar essa segunda lei; a menos que se presuma que esses legisladores devem ter pretendido uma ou outra. Mas eles podem não ter pretendido criar nenhuma delas, e o fato de que não redigiram sua lei em palavras que levem claramente a efeito alguma das intenções é um argumento muito forte no sentido de que não pretendiam⁶⁴.

Essas estratégias não são capazes de fornecer a prova independente de que o legislador pretendia que fosse dada determinada interpretação à lei, pois apenas pressupõem, mas não comprovam, que os parlamentares tinham alguma intenção pertinente⁶⁵. Essa prova independente só se manifesta em casos raros, quando há alguma declaração explícita a respeito de qual deve ser a consequência da lei, e seja possível concluir que todos aqueles que votaram a favor da legislação concordavam com essa manifestação⁶⁶. Não foi o que ocorreu no contexto de aprovação da Lei da Anistia. Na realidade, as confusões acerca do alcance da Lei 6.683 datam desde a época de sua discussão nas Casas Legislativas. Carlos Fico, ao analisar os debates da Comissão Mista sobre o projeto de anistia apresentado pelo governo, mostra alguns parlamentares se posicionaram a favor da manutenção da expressão “crimes conexos com os políticos” por acreditarem que não abarcaria a tortura realizada pelos militares⁶⁷.

Além disso, é problemático procurar uma intenção clara do legislador em uma lei com o texto controverso, já que a intenção pode ter sido justamente deixar a redação inconclusiva quanto a um determinado ponto para que uma eventual decisão explícita não irritasse parcela do público⁶⁸. Essa é uma possibilidade plausível tratando-se da Lei da Anistia. O parlamentar Roberto Freire, por exemplo, apontava que o governo valeu-se de uma linguagem premeditadamente dúbia para tentar inserir os militares na anistia⁶⁹. Na doutrina, essa é também uma das principais críticas direcionadas à Lei 6.683: os militares propositalmente adotaram

⁶⁴ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Martins Fontes, São Paulo, 2001, p. 19-20.

⁶⁵ Ibidem, p. 19.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Cf.: FICO, Carlos. A negociação parlamentar da anistia de 1979 e o chamado perdão aos torturadores. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. p. 318-332. Brasília: Ministério da Justiça, jul.-dez. 2010.

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. Op. Cit., p.20.

⁶⁹ Congresso Nacional. Comissão Mista sobre Anistia. Anistia. Brasília: [Centro Gráfico do Senado Federal], 1982. Vol. 1. p. 700.

uma terminologia de conteúdo juridicamente controvertido para possibilitar a aprovação parlamentar de sua impunidade por graves violações de direitos humanos⁷⁰.

Não há razão para privilegiar a suposta intenção dos militares se eles, ardilosamente, nem sequer a deixaram clara no texto normativo. É interessante observar que essa é a argumentação adotada pelo Ministro Ayres Britto, que foi um dos votos vencidos na ADPF 153:

Quem redigiu essa lei não teve a coragem – digamos assim – de assumir essa propalada intenção de anistiar torturadores, estupradores, assassinos frios de prisioneiros já rendidos; pessoas que jogavam de um avião em pleno voo as suas vítimas; pessoas que ligavam fios desencapados a tomadas elétricas e os prendiam à genitália feminina; pessoas que estupravam mulheres na presença dos pais, dos namorados, dos maridos. [...] Reitero o juízo: após a interpretação dessa lei de anistia, não encontro clareza⁷¹.

Os ministros que votaram pela improcedência da ADPF 153 trataram a questão da intenção do legislador na Lei 6.683 como algo óbvio, incontestável, apenas esperando para ser descoberto, mas essa é uma falácia. A questão da intenção não decorre de uma interpretação natural e tampouco pode ser explicada intuitivamente como uma questão de fato histórico⁷². O STF baseou-se em meras especulações para consolidar a impunidade e o esquecimento daqueles responsáveis pelas formas de tortura mais abomináveis.

A fundamentação apoiada em suposições é um problema significativo da concepção centrada no texto legal, mas não o único. Essa concepção de Estado de direito normalmente se baseia em uma “intenção do legislador” que não é nem sequer determinada. O que é a intenção do legislador, afinal? Diferentes concepções oferecem diferentes respostas: pode-se considerar que seria o produto dos “votos de intenção” dos parlamentares, ou que seja o fruto de uma ideia de compreensão coletiva⁷³. Não obstante, tais respostas não cobrem toda a complexidade do conceito. Segundo Dworkin, subsistem diversas perguntas não respondidas sobre o que seria a intenção legislativa:

⁷⁰ GALLO, Carlos Artur. O Brasil entre a memória, o esquecimento e a (in)justiça: *uma análise do julgamento da ADPF n. 153 pelo Supremo Tribunal Federal*. Revista Brasileira de Ciência Política, Brasília, n. 24, setembro – dezembro de 2017, p. 85.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF n. 153/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 29/04/2010. Ver voto do Min. Ayres Britto, p. 137-138.

⁷² DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Martins Fontes, São Paulo, 2001, p. 77.

⁷³ Ibidem, p. 51.

Devemos dar respostas diferentes quando o congressista (ou outra pessoa) em questão é alguém que se opunha à legislação, supondo que tais pessoas devem ser consideradas? Todas as expectativas (ou esperanças ou temores) de um congressista contam, ou apenas as que foram, de alguma maneira, expressas institucionalmente? Suponha que a única prova que temos do que um congressista pensava acerca do que realizaria um projeto de lei é uma conversa com a mulher no café da manhã. Isso conta? Por que não? Por razões referentes ao tipo de prova? Ou porque estamos interessados apenas no que era seu estado psicológico quando estava em um certo edifício ou rodeado por seus colegas? Ou porque não é apenas no seu estado psicológico que estamos interessados?⁷⁴

O contexto problemático da aprovação da Lei de Anistia acrescenta ainda outras perguntas às já elencadas. Como visto, havia parlamentares que eram contra o perdão aos militares, mas acabaram aceitando que anistiá-los seria a única forma de sair da ditadura. Existiam também aqueles que acreditavam que o texto da lei não alcançava os delitos de tortura. A vontade real deles deve ser considerada? Deve-se privilegiar o que eles queriam ou o que eles acabaram aceitando por ser a única alternativa?

Na ADPF 153 a Suprema Corte não responde a nenhuma dessas perguntas e não determina o que seria a intenção do legislador no caso. Ao contrário, o STF apenas trata a questão da intenção de perdoar os militares por meio da Lei 6.683 como um fato histórico indiscutível. Todavia, a “intenção do legislador” não pode ser entendida como um fato histórico puro, pois não há uma resposta correta sobre quais aspectos mentais individuais são relevantes para definir a intenção do grupo de parlamentares, e nem sobre como tais aspectos devem ser combinados para se alcançar algo próximo a uma intenção⁷⁵.

Além disso, uma concepção centrada no texto legal pode alcançar resultados diametralmente opostos, dependendo do fato de se é adotada uma ideia intenção do legislador abstrata ou concreta. Em suma, em uma formulação abstrata o legislador pretenderia que fosse aplicado o conceito que está na lei, e em uma formulação concreta ele objetivaria que fosse levado em conta a sua concepção particular desse conceito⁷⁶. Aplicando isso ao caso aqui analisado pode-se dizer que, ao determinar que a anistia seja estendida aos crimes conexos com os políticos, adota-se uma concepção abstrata, mas, ao considerar que a anistia deve ser estendida aos crimes que os parlamentares que votaram a lei acreditavam ser conexos com os políticos, vislumbra-se uma concepção concreta. Não se trata de tentar descobrir qual intenção

⁷⁴ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Martins Fontes, São Paulo, 2001, p. 60.

⁷⁵ Ibidem, p. 55.

⁷⁶ Ibidem, p. 66.

é a verdadeira, pois cada parlamentar tem uma intenção abstrata e uma concreta, portanto, ambas são verdadeiras⁷⁷. A questão primordial é decidir qual deve ser usada para formular uma concepção de intenção do legislador. Se adotada a ideia de intenção abstrata, deve-se aceitar que os juízes tomem decisões substantivas de moralidade política, o que contrariaria a ideia inicial da concepção centrada no texto legal de que juízes deveriam ser neutros nesse ponto⁷⁸. Na realidade, a própria escolha que o magistrado deve fazer entre a intenção abstrata ou a intenção concreta reflete uma escolha política que a concepção centrada no texto legal alega repudiar⁷⁹. Esse é mais um ponto em que a concepção centrada no repertório legal se contradiz, pois é inevitável que a Suprema Corte tenha que tomar algumas decisões políticas⁸⁰.

É perceptível que o STF optou pela intenção concreta ao assentar que a interpretação que se deve atribuir à expressão “crimes conexos” é a do sentido particular que o legislador buscou lhe atribuir, e não o sentido comum de conexão usado na doutrina penal:

Essa expressão, crimes conexos a crimes políticos, conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. Sempre há de ter sido assim. A chamada Lei de anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Tenho que a expressão ignora, no contexto da Lei n. 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal. Refere o que “se procurou”, segundo a inicial, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão⁸¹.

Em resumo, o STF, ao escolher ter como parâmetro a intenção concreta do legislador, fez uma escolha política. Ainda que a Corte tenha argumentado como se não pudesse tomar alguma medida, como se a intenção do legislador fosse clara e implacável e, no caso de alguns ministros, até admitido que o texto da lei fosse injusto⁸², mas que não caberia ao judiciário revisá-lo, a ADPF 153 não se tratou apenas de uma decisão de respeitar o texto da lei, mas sim de uma decisão política.

⁷⁷ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Martins Fontes, São Paulo, 2001, p. 67.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ Ibidem, p. 77.

⁸⁰ Ibidem, p. 101.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF n. 153/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 29/04/2010. Ver voto do relator, p. 35-36.

⁸² A Ministra Carmen Lúcia, em seu voto, assume que o texto da Lei da Anistia não é justa e que viola direitos humanos, mas argumenta sua eventual revisão só poderia ser feita pelo Poder Legislativo.

Como já visto, é inevitável que os tribunais tomem decisões políticas. No entanto, é importante salientar que a decisão política tomada pelo STF não foi no sentido de assegurar direitos individuais, como seria recomendado e aceito por Dworkin, mas sim de consolidar a impunidade dos responsáveis por violações gravíssimas de direitos humanos e de apoiar o projeto daqueles que tomaram o poder de forma tirânica e deixaram o Brasil, por anos, em um estado de exceção. A Corte chega ao ponto de aceitar um conceito de “conexão” que não é reconhecido pela doutrina e, na realidade, nem sequer existe no ordenamento jurídico brasileiro – como o próprio relator aponta, seria um conceito *sui generis*, próprio daquele momento histórico – para sustentar que a anistia deve abarcar aqueles que estupravam diversas mulheres, que valiam-se dos meios mais cruéis e abomináveis de tortura, que levavam crianças para assistirem seus pais serem torturados, em resumo, aqueles que cometiam delitos que não ostentavam nenhum aspecto político. E tudo isso baseado na mera suposição de que esse era o sentido que o legislador objetivava, embora não tenha elucidado o que seria essa intenção legislativa e como ela poderia ser alcançada. Parece claro que, valendo-se do pretexto de que deve-se respeitar o texto da lei, o STF optou por ratificar o controle dos ditadores sobre o futuro e a memória da população brasileira.

3.2 A problemática do originalismo e da ideia de fidelidade à intenção do legislador

Como já visto, a ideia de fidelidade à intenção do legislador é problemática por se fundamentar em especulações e por partir de um conceito indeterminado. Mas suponhamos que seja possível alcançar, de forma exata e segura, qual seria a intenção do corpo legislativo quando aprovou determinada lei. Por que essa intenção deveria ser levada em conta se existem boas razões para interpretar a lei de outro modo? Conforme apontado por Dworkin, não parece haver uma resposta clara para essa pergunta:

Obviamente poderíamos justificar nossa decisão geral inicial de pesquisar sua intenção dizendo que eles pretendiam que assim fizéssemos. Esse “argumento” naturalmente incorreria em petição de princípio. [...] Estamos tentando formular, com mais exatidão do que geralmente se faz, o sentido ou tipo de intenção coletiva que temos razões para acatar. Mas então não podemos, sem igualmente incorrer em petição de princípio, dizer que devemos

acatar um tipo ou sentido de intenção em vez de outra porque aqueles cujas intenções são destacadas nessa descrição pretendiam que assim fizéssemos⁸³.

No caso da ADPF 153, parece ser ainda mais pertinente esse questionamento. Por que deveríamos levar em conta as intenções do Legislativo de uma ditadura militar? O STF, como já visto, argumenta que a anistia bilateral teria sido também uma demanda da sociedade civil, mas já foi demonstrado, também neste trabalho, que a vontade de perdoar os torturadores partiu dos militares. Dos mesmos militares que tomaram o poder de forma ilegítima, aniquilaram a democracia, vilipendiaram reiteradamente diversos direitos fundamentais, torturaram e assassinaram qualquer um que ousasse criticar o regime. Por que a vontade e a intenção deles deveriam ser consideradas?

O Ministro Eros Grau argumenta que reconhecer a não recepção da Lei da Anistia com base no fato de que essa não foi votada por um órgão legislativo democrático é impraticável, pois isso implicaria o reconhecimento de que todos os diplomas legais anteriores à Constituição de 1988 seriam formalmente inconstitucionais⁸⁴. Esse argumento, no entanto, não responde ao questionamento aqui colocado. Se a Corte considera que a aprovação da lei por um corpo legislativo antidemocrático não é um bom motivo para declarar a sua não recepção pela Constituição, deveria ao menos considerar que é um bom motivo para não privilegiar a “vontade do legislador” no momento de interpretação do texto normativo.

Conforme explicado por Dworkin, o argumento que poderia, em tese, justificar a adoção da concepção de intenção legislativa – também chamada de originalismo – seria o da democracia: manter-se fiel à vontade do legislador evitaria que os tribunais usurpassem as funções do legislativo e asseguraria a concretização da vontade do povo, que elegeu parlamentares, mas não juízes⁸⁵. Mas, logo em seguida, o autor demonstra como esse é um argumento frágil, já que decisões políticas feitas pelos juízes, no sentido de decidir sobre direitos morais, não enfraquecem a democracia, mas sim a fortalecem⁸⁶. Deve-se considerar que, ainda que a democracia pressuponha a igualdade de poder político, no plano fático, existe uma assimetria, e muitas vezes as minorias só conseguem ver sua igualdade de poder político efetivada quando a questão é levada ao Judiciário⁸⁷. Há também outros pontos a serem

⁸³ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Martins Fontes, São Paulo, 2001, p. 74.

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF n. 153/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 29/04/2010. Ver voto do relator, p. 23.

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. Op. Cit., p. 30.

⁸⁶ Ibidem, p. p. 32.

⁸⁷ Ibidem.

considerados: não há nada que indique que decisões legislativas sobre direitos têm mais probabilidade de serem exatas do que decisões judiciais ou que os legisladores estejam em melhor decisão institucional para decidir sobre direitos do que os juízes⁸⁸.

Em resumo, um argumento para a utilização da “intenção do legislador” deve demonstrar que essa concepção se ajusta melhor à teoria ideal de governo representativo. Para compreender melhor o que isso significa é importante conhecer as duas visões concorrentes de democracia apresentadas por Dworkin – concepção majoritária e concepção de parceria – e analisar qual é a mais adequada. Segundo a concepção majoritária, a democracia pressupõe o atendimento à vontade da maioria, expressa em eleições periódicas, independentemente do fato de se tal vontade é injusta ou se desconsidera os interesses das minorias⁸⁹. Já de acordo com a concepção de parceria, os cidadãos devem ser considerados parceiros em uma empreitada política, portanto, a decisão da maioria só é democrática se cumpre certos requisitos que garantem os interesses de todos os participantes dessa empreitada, inclusive dos grupos minoritários⁹⁰. Pode-se dizer que a concepção majoritária é puramente procedimental e não se importa com outras dimensões da moralidade política, enquanto a concepção de parceria é substantiva e se relaciona com ideais de justiça, equidade e liberdade⁹¹.

A concepção majoritária é problemática por permitir que uma maioria numérica imponha interesses ilegítimos sobre minorias. No mais, falha em explicar os aspectos positivos de um regime democrático, pois o mero peso dos números não atribui valor algum a uma decisão política⁹². A concepção de parceria é a mais adequada, pois é a que permite a igual consideração dos interesses e, portanto, o alcance de uma igualdade política.

Dito isso, uma argumentação que se baseia na ideia de democracia para justificar a adoção da interpretação baseada na intenção do legislador apenas faria sentido tratando-se da concepção majoritária de democracia. E, como já visto, essa não é uma concepção ideal. Na concepção de parceria, a revisão judicial é necessária para corrigir assimetrias fáticas na distribuição do poder político e para garantir direitos das minorias. Em uma democracia concebida pelo modelo de parceria, isso é mais importante do que a fidelidade à intenção do legislador⁹³. Em suma, o argumento da democracia, que normalmente é utilizado para justificar a ideia de fidelidade ao legislador, na verdade serve melhor para refutar essa concepção.

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Martins Fontes, São Paulo, 2001, p. 26-27.

⁸⁹ DWORKIN, Ronald. Is democracy possible here? Principles for a new political debate. Princeton University Press, 2006, p. 131.

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ Ibidem, p. 134.

⁹² Ibidem, p. 143.

⁹³ DWORKIN, Ronald. Justice in robes. Harvard University Press, 2006, p. 133-134.

No caso da ADPF 153, é evidente que nenhum argumento de democracia serviria para justificar a tática do STF de recorrer à suposta intenção do legislador para determinar o alcance da Lei de Anistia. Afinal, não havia nenhum aspecto democrático na ditadura militar. Seria difícil até mesmo usar a concepção majoritária de democracia no caso, pois não se pode dizer que a composição do Legislativo na época refletia a vontade da maioria: a sociedade civil podia apenas votar em alguns parlamentares, que compunham os únicos dois partidos permitidos pela ditadura, enquanto o governo militar implantava apoiadores seus para garantir a maioria de votos. Quanto à concepção de parceria, não são necessárias muitas explicações para demonstrar como a ditadura militar se afastava de forma abismal desse ideal de democracia: os cidadãos não eram livres, opositores eram perseguidos e assassinados, e o poder político concentrava-se todo nas mãos dos militares. A Suprema Corte não demonstrou um motivo plausível para adotar a concepção de intenção do legislador no julgamento acerca da Lei da Anistia, e parece claro que, no contexto do Estado democrático de direito, não existe esse motivo.

Ademais, um argumento de democracia não é capaz de oferecer um motivo razoável pelo qual a sociedade de hoje em dia deveria ser governada “pelas minúcias das convicções políticas de pessoas eleitas muito tempo atrás, quando a moral popular, as circunstâncias econômicas e quase tudo o mais era muito diferente”⁹⁴. No caso aqui tratado, ainda que a ditadura militar seja um evento recente, é evidente que as circunstâncias eram muito diferentes. Se hoje existe democracia no Brasil, é importante lembrar que em 1979, quando a Lei da Anistia foi promulgada, o país ainda estava inserido em um regime de exceção. Se hoje há liberdade para questionar a legitimidade de um projeto daquele governo militar, naquela época isso não era possível sem uma resposta institucional imediata materializada em assassinatos, torturas e desaparecimentos.

A tática de utilizar declarações feitas na época, que também foi adotada pelo STF no julgamento da ADPF 153, é extremamente frágil, sobretudo levando-se em conta que “as declarações foram feitas não apenas em circunstâncias políticas diversas, mas por e para uma forma de vida política totalmente diferente”⁹⁵. No capítulo anterior, foi demonstrado como as condições em que a Lei da Anistia foi aprovada eram problemáticas e como a sociedade civil viu-se coagida a aceitar um projeto de anistia que não era aquele pelo qual lutava. Determinar que a sociedade de hoje fique presa a intenções referentes a uma época em que tudo era diferente implicaria negar o seu direito de mudar seu senso público de finalidade, “o que significa negar

⁹⁴ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Martins Fontes, São Paulo, 1999, p. 436-437.

⁹⁵ Ibidem, p. 437.

que ela possa ter quaisquer finalidades públicas”⁹⁶. Parece razoável que, se na época da ditadura a sociedade aceitou o projeto de anistia dos militares por ser o único que possibilitaria a saída do regime de exceção sem mais perseguições, a sociedade que hoje vive em uma democracia possa pleitear a responsabilização daqueles que cometeram diversos crimes contra a humanidade sob o manto de proteção do governo ilegítimo. Negar isso, como foi feito pelo STF, é negar à população brasileira qualquer direito à autodeterminação. Cumpre ressaltar, ainda, que o direito à memória e à verdade, e todos os direitos que permeiam a discussão acerca da anistia aos torturadores, não pertencem apenas àqueles que viveram a ditadura militar, mas também a todas as gerações presentes e futuras. Ou seja, ainda que a anistia da Lei 6.683 tivesse surgido a partir de um acordo político legítimo – o que não ocorreu, conforme demonstrado no capítulo anterior – qual seria o óbice para que a sociedade atual pudesse questioná-lo? Sobre o assunto:

É contra-democrático e, portanto, inconstitucional, acreditar que as futuras gerações estejam, por força de acordos políticos do passado, impedidas de avançarem no processo democrático e, porque não, reverem os termos daquilo que, em outros tempos, foi admitido como “porta de saída” do regime ditatorial. A geração atual e as gerações futuras têm o direito de (re)construírem a memória da democracia e brasileira e, desta forma, fazerem as contas com o passado⁹⁷.

É importante ressaltar que, da crítica feita por Dworkin à ideia do originalismo, não se infere que nenhuma intenção do legislador deva ser levada em conta. O autor esclarece que deve-se analisar as intenções semânticas para descobrir o que determinada cláusula significa no texto da lei, mas isso não significa que é necessário manter-se fiel às suas intenções políticas, ou seja, suas expectativas sobre como a referida cláusula deveria ser aplicada⁹⁸. Esse ponto pode ser melhor entendido a partir de exemplo dado pelo autor:

Imagine that you are the owner of a large Corporation that has a vacancy in one of its departments. You call in your manager and say to her, “Please fill

⁹⁶ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Martins Fontes, São Paulo, 1999, p. 437.

⁹⁷ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander; BATISTA, Vanessa Oliveira. Constituição e Anistia: Uma análise do discurso do STF no julgamento da ADPF n. 153. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=009a5510ad149a8e>>. Acesso em 3 de out. de 2020. P. 14.

⁹⁸ DWORKIN, Ronald. Justice in robes. Harvard University Press, 2006, p. 123.

this vacancy with the best candidate available. By the way,” you add, without winking or nudging, “you should know that my son is a candidate for this position.” Assume you are honestly convinced that your son is the best qualified candidate. Assume, moreover, that you wouldn’t have given the manager those instructions unless you were sure that it was obvious to everyone, including her, that your son was the best candidate. Assume, finally, that your manager knows all of this: she knows that if the choice were yours you would conscientiously appoint your own son as the most qualified candidate. Nevertheless, you didn’t tell her to hire your son. You told her to hire the best candidate. And if, in her judgement, your son is not the best candidate but someone else is, then she would be obeying your instructions by hiring that other candidate or disobeying your instructions by hiring the candidate you intended and expected would get the job⁹⁹.

No que tange à interpretação das leis, o raciocínio é o mesmo. Se um juiz interpreta uma cláusula normativa, considerando o seu significado semântico, mas chega a um resultado que não coincide com as expectativas daqueles que votaram a lei, não é possível acusá-lo de desrespeitar o texto legal. Diante de uma ideia abstrata em uma norma, deve-se decidir o que se encaixa no conceito, o que é muito diferente de analisar o que alguém – no caso, os legisladores – acha que deve se adequar a esse conceito¹⁰⁰.

É importante levar isso em conta na análise da ADPF 153 pois, como visto, a conceito de “crimes conexos com os políticos”, que também seriam abarcados pela anistia, é usado de forma abstrata. No ordenamento jurídico brasileiro, na doutrina, e até mesmo na própria jurisprudência do STF, crimes conexos com os políticos são aqueles cometidos para acobertar ou assegurar a efetividade dos delitos políticos. Essa questão é melhor elucidada no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, que foi um dos votos vencidos na ocasião. O aludido magistrado explicita que, quanto aos crimes praticados pelos militares, não subsiste o nexo teleológico, consequencial ou ocasional exigido pela doutrina para a existência da conexão, e que os precedentes da Suprema Corte apontam que, para aferir se um crime é político ou conexo com este, deve-se levar em conta os critérios da preponderância e da atrocidade dos meios, o que não abarcaria os crimes de lesa-humanidade cometidos em prol da ditadura militar¹⁰¹. Não obstante, ao julgar o caso da Lei da Anistia, o STF ignora isso para determinar que os crimes conexos com os políticos, no caso, deveriam ser considerados aqueles que os legisladores da

⁹⁹ DWORKIN, Ronald. Justice in robes. Harvard University Press, 2006, p. 124.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 123.

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF n. 153/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 29/04/2010. Ver voto do Min. Ricardo Lewandowski.

época supostamente esperavam que fossem tidos como tal. Não é preciso muito para perceber como esse argumento é frágil.

Há uma diferença substancial entre o originalismo semântico, no qual leva-se em conta o que o legislador quis dizer, e o originalismo de expectativa, no qual considera-se o que o legislador esperava ser a consequência do que disse¹⁰². O STF, no julgamento da ADPF 153, adotou o último. Essa estratégia, no entanto, não leva ao melhor resultado ou ao mais justo. A forma adequada de interpretação leva em conta a intenção semântica, e não a intenção política:

The natural strategy is the one I just described: we decide what propositions a text contains by assigning semantic intentions to those who made the text, and we do this by attempting to make the best sense we can of what they did when they did it¹⁰³.

O STF, no caso aqui tratado, não fez o esforço de buscar o melhor sentido para a Lei de Anistia, apenas tratou a suposta intenção legislativa de anistiar torturadores como algo intuitivo, evidente e incontestável. Contudo, uma interpretação adequada da lei não deve buscar essa meta-intenção, porque ela normalmente não existe ou porque não é possível defini-la:

The pertinent question is therefore not whether we can “demonstrate,” ou establish “certitudes,” or “self-evident” propositions about what the framers intended to say, or whether we can fish mental states from history and subject them to a merely “empirical” examination. It is whether, in spite of the fact that we cannot do any of that, we must nevertheless decide which view of what the framers said is, on balance, the best view, even though it is controversial¹⁰⁴.

Por fim, o originalismo é falho, porque nem sempre a intenção do legislador é o que deve prevalecer: muitas vezes, a ideia de fidelidade deve ser superada pela ideia de justiça¹⁰⁵. Isso acontece quando direitos fundamentais estão em jogo. Tal afirmação, todavia, não significa que o texto normativo deve ser totalmente ignorado em prol da justiça. O texto da lei é importante, mas deve ser analisado de acordo com princípios constitucionais que apontem para

¹⁰² DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Harvard University Press, 2006, p. 125.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 129.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 128.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 132.

a sua melhor interpretação¹⁰⁶. Em suma, não se trata de descobrir qual é a intenção do legislador, mas sim qual é a intenção endossada pelos princípios do nosso ordenamento jurídico. Por essa razão, não parece correto o raciocínio exarado no voto da Ministra Cármen Lúcia, por exemplo, segundo a qual o sentido da Lei da Anistia é injusto e desafia o respeito aos direitos humanos, mas não poderia ser revisado pelo Judiciário¹⁰⁷. A ministra aponta que “nem sempre as leis são justas, embora sejam criadas para que o sejam”¹⁰⁸.

Deve-se salientar que, a questão colocada na ADPF 153 não diz respeito a uma mera pretensão de punir criminosos, pois envolve diversos direitos fundamentais: o direito à memória, o direito à verdade, o direito à autodeterminação. Deve-se permitir que esses direitos continuem a ser vilipendiados em razão de uma interpretação da lei que privilegia a vontade de ditadores? No contexto do Estado democrático de direito, é indiscutível que a resposta a essa pergunta deve ser negativa. Parece claro que a ADPF 153 trata de um caso em que a justiça e os direitos fundamentais deveriam se sobrepor a qualquer suposta ideia de intenção, mas isso não foi concretizado pelo STF.

3.3 A questão da anistia como um caso difícil e a integridade do direito como solução

Pode-se dizer que a controvérsia da anistia se encaixa na categoria que Dworkin intitula “casos difíceis”, mais conhecidos como *hard cases*, que engloba os casos que podem levar a mais de uma interpretação, de modo que uma análise preliminar não indica qual seria a mais correta¹⁰⁹. Como já visto, há duas interpretações concorrentes acerca da Lei de Anistia: uma que estende o perdão aos militares, e outra que o nega. Mesmo tratando-se de um caso difícil, há uma forma mais adequada de solucioná-lo, a partir da integridade do direito, que busca dar o melhor sentido a uma lei adequando-a aos princípios do ordenamento jurídico.

Primeiramente, é importante perceber como o STF adotou uma postura passiva no julgamento da ADPF 153 ao alegar que a questão da anistia, como vem sendo aplicada, só poderia ser revista pelo Legislativo. Contudo, essa não é a postura adequada quando um tribunal

¹⁰⁶ DWORKIN, Ronald. Justice in robes. Harvard University Press, 2006, p. 129.

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF n. 153/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 29/04/2010. Ver voto da Min. Cármen Lúcia, p. 92.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Martins Fontes, São Paulo, 1999, p. 306.

se depara com um caso que trata de direitos fundamentais. É necessário discernir os argumentos de política dos argumentos de princípio: enquanto os primeiros justificam uma decisão política ao demonstrar que ela buscou concretizar um objetivo coletivo da comunidade, os últimos justificam uma decisão política ao provar que ela respeitou os direitos de um indivíduo ou de um grupo¹¹⁰. Os argumentos de política firmam uma meta, já os argumentos de princípio assentam um direito individual¹¹¹. Embora o Legislativo possa tomar algumas decisões com base no bem-estar geral da comunidade, o mesmo não se aplica ao Judiciário: os juízes devem basear suas decisões em princípios, e não em um fundamento de política que leve em conta o que é mais útil para a sociedade ou mais eficiente para alcançar um objetivo¹¹². Ainda que o STF tenha tratado a Lei da Anistia como um artifício para alcançar uma meta coletiva – no caso, a transição para a democracia –, a questão envolve diversos direitos fundamentais, e deveria ter sido tratada a partir de argumentos de princípio. Portanto, a Corte errou ao defender que caberia apenas ao Legislativo modificar a interpretação da Lei de Anistia, pois um tribunal não apenas pode, como também deve, basear-se em argumentos de princípio político para decidir. Quando foi explicitado, anteriormente, como é inevitável que a Suprema Corte tome algumas decisões políticas, levou-se em conta justamente o fato de que os juízes devem usar argumentos de princípio político. Isso não significa que o Judiciário legisla ou desrespeita uma lei. Conforme elucidado por Dworkin:

Na verdade, porém, os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas tomadas por outras pessoas. Este pressuposto não leva em consideração a importância de uma distinção fundamental na teoria política que agora introduzirei de modo sumário. Refiro-me à distinção entre argumentos de princípio, por um lado, e argumentos de política (*policy*), por outro¹¹³.

Dworkin cria a figura do juiz Hércules, que dispõe de sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas e, embora represente um ideal inalcançável, deve servir como modelo para os magistrados¹¹⁴. Hércules repudiaria os argumentos do STF na ADPF 153 pois, embora ele não

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Martins Fontes, São Paulo, 2002, p. 129.

¹¹¹ Ibidem, p. 141.

¹¹² DWORKIN, Ronald. O império do direito. Martins Fontes, São Paulo, 1999, p. 306.

¹¹³ DWORKIN, Ronald. Op. Cit, p. 129.

¹¹⁴ Ibidem, p. 165.

seja um ativista no sentido de substituir a decisão do legislador quando a controvérsia tratar essencialmente de uma questão política, e não de princípio, ele também está longe de ser um passivista, porquanto tem a obrigação de fazer cumprir direitos constitucionais¹¹⁵. E, como já dito, a ADPF 153 envolvia direitos constitucionais, notadamente o direito à memória e o direito à verdade.

A forma mais adequada de interpretar a Lei de Anistia precisaria ter como referência a integridade do direito, que é também a fórmula que o hipotético juiz Hércules utilizaria. Essa forma de interpretação, nos casos difíceis, atribui importância significativa aos princípios¹¹⁶. Esse ponto já demonstra o distanciamento da interpretação realizada pelo STF em relação à integridade do direito. Percebe-se que, dentre os argumentos utilizados para negar procedência à ADPF 153, nenhum tem base principiológica. As alegações de que deve-se respeitar o momento histórico da promulgação da Lei de Anistia e a intenção do legislador, bem como a de que o aludido diploma só poderia ser revisto pelo Legislativo, não traduzem nenhum princípio do ordenamento jurídico. Esse é um problema significativo do julgamento aqui analisado, pois os princípios não representam uma faculdade do magistrado, no sentido de que devem ser considerados apenas quando conveniente. Na realidade, os princípios devem ser tratados como vinculantes e obrigatórios¹¹⁷. Uma decisão judicial que não se baseia, nem sequer indiretamente, em princípios, não pode ser considerada válida. Ainda que se alegasse que o STF buscou privilegiar a segurança jurídica, na perspectiva da integridade do direito a substância é mais importante do que a estabilidade¹¹⁸.

Na concepção da integridade do direito, o juiz decide os casos difíceis buscando, “em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade”¹¹⁹. Qual conjunto de princípios poderia justificar a consolidação da impunidade de responsáveis por crimes de lesa-humanidade? Ou para legitimar uma anistia arquitetada por um governo ilegítimo para proteger torturadores que agiam para manter a ditadura? Não parece que existem respostas para essas perguntas, e, se existem, elas não foram apresentadas pela Suprema Corte na ADPF 153.

No mais, a decisão do STF acerca da Lei da Anistia se afasta do ideal de interpretação aqui colocado ao se virar para o passado para descobrir qual deve ser o sentido dado à referida legislação. O direito como integridade mescla elementos do passado e do futuro e considera a

¹¹⁵ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Martins Fontes, São Paulo, 1999, p. 475.

¹¹⁶ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Martins Fontes, São Paulo, 2002, p. 46.

¹¹⁷ Ibidem, p. 56.

¹¹⁸ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Martins Fontes, São Paulo, 1999, p. 441.

¹¹⁹ Ibidem, p. 305.

prática jurídica um processo em desenvolvimento¹²⁰. Isso é muito diferente de tentar trazer a tona intenções manifestadas em um diferente momento da história:

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado¹²¹.

Parece claro que a ratificação, pelo STF, do perdão aos responsáveis por crimes de lesa-humanidade não justificou a Lei da Anistia a partir de uma história digna de ser contada, nem tampouco a endossou por meio de princípios que pudessem mostrá-la a partir de sua melhor luz. Na verdade, a Suprema Corte apenas perpetuou uma mancha na história brasileira: a impunidade para ditadores e torturadores que cometeram diversas atrocidades e anistiarão a si mesmos. Essa estratégia de ignorar princípios e se fundamentar somente na história para decidir é falha, porquanto “a sugestão de que os direitos podem ser demonstrados ao longo de um processo histórico, e não por um apelo a princípios, mostra ou uma certa confusão ou uma falta de interesse real pelo que são direitos”¹²².

É importante salientar que a integridade do direito se importa com a história institucional, mas no sentido de que a decisão correta deve ser coerente com uma rede de estruturas e decisões políticas que foram fundamentadas a partir dos mesmos princípios que a embasaram¹²³. Conforme explica Dworkin:

Em primeiro lugar, a equidade vincula-se à história institucional não apenas enquanto história, **mas como um programa político ao qual o governo se propõe a dar continuidade no futuro**; em outras palavras, ela vincula-se às implicações futuras do precedente, e não às passadas. **Se Hércules descobrir que alguma decisão anterior, seja uma lei ou uma decisão judicial, é**

¹²⁰ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Martins Fontes, São Paulo, 1999, p. 271.

¹²¹ Ibidem, p. 274.

¹²² DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Martins Fontes, São Paulo, 2002, p. 230.

¹²³ DWORKIN, Ronald. Op. Cit., p. 294.

presentemente muito criticada no ramo presente da profissão, tal fato, por si só, revela a vulnerabilidade daquela decisão¹²⁴. (grifos meus)

O STF, no julgamento da ADPF 153, optou por dar continuidade ao programa político dos responsáveis pelo regime ditatorial, pelas torturas, pelas violações de direitos humanos, pelo esquecimento comandado acerca de seus crimes. Em resumo, deram continuidade a um programa que não encontra assento no Estado democrático de direito. A Corte optou por olhar apenas para as implicações passadas da anistia: o fato de que o projeto do governo era a única forma de conseguir uma transição para a democracia. Mas e as implicações futuras? E o direito de rediscutir “acordos” ilegítimos do passado? Quais são as consequências atuais de o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, confirmar a auto-anistia dos que violaram diversos direitos constitucionais? O Tribunal ignorou todos esses pontos ao manter apenas o passado como referência de sua decisão. No mais, todas as críticas da doutrina à interpretação que vem sendo atribuída à Lei de Anistia deveriam ser consideradas um indicativo da vulnerabilidade dessa decisão política. Tanto a Lei 6.683 como a decisão do STF na ADPF 153 não se encaixam na cadeia coerente de decisões justificadas por princípios tratada pela integridade do direito.

Ademais, a integridade do direito pressupõe que seja analisada não somente a substância de uma decisão tomada por uma autoridade política anteriormente, mas também em que circunstâncias e por quem tal decisão foi tomada¹²⁵. Isso porque, os juízes devem, além de analisar os fundamentos de um texto normativo, examinar a sua força, ou seja, a sua capacidade de se impor no plano fático e de justificar a coerção¹²⁶. Não se pode dizer que o STF cumpriu esse requisito, pois realizou uma análise superficial das circunstâncias de aprovação da Lei de Anistia, partindo do pressuposto absurdo de que perdoar os torturadores era uma demanda da sociedade civil. Uma norma só tem força e, portanto, pode impor obediência, se manifestada em um sistema legal apropriado à existência do fato do direito¹²⁷. A ditadura militar não representava esse sistema apropriado, pois não era um regime legítimo. O argumento usado pelo Ministro Eros Grau, de que o alegação de que a Lei da Anistia foi aprovada por um Legislativo antidemocrático não deve ser levada em conta pois ocasionaria o reconhecimento da inconstitucionalidade formal de todas as leis aprovadas durante a ditadura, não é suficiente para afastar a problemática aqui colocada, já que desconsidera o caráter especial dos conflitos

¹²⁴ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Martins Fontes, São Paulo, 2002, p. 191.

¹²⁵ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Martins Fontes, São Paulo, 1999, p. 292.

¹²⁶ Ibidem, p. 136.

¹²⁷ Ibidem, p. 135.

referentes a direitos morais individuais. Pode ser factível aceitar as leis promulgadas durante o regime militar quando estas tratam, essencialmente, de questões políticas referentes ao bem-estar geral. Não obstante, tratando-se de diplomas normativos relacionados a questões de princípios e direitos fundamentais, é imprescindível que os juízes levem em conta as circunstâncias em que tais decisões políticas foram tomadas. E, como já dito, a questão da anistia envolve direitos fundamentais, pois diz respeito ao direito à memória e à verdade.

Parece claro que a integridade do direito fornece à questão da anistia uma solução diametralmente oposta daquela dada pelo STF. A integridade do direito reconheceria que a auto-anistia de responsáveis por graves violações de direitos humanos não pode ser sustentada em um Estado democrático de direito. A integridade do direito assentaria que a Constituição de 1988 não permite a continuidade de um programa político arquitetado por ditadores para consolidar o esquecimento acerca de seus crimes. A integridade do direito admitiria que a sociedade brasileira tem direito de construir uma memória acerca do regime ditatorial e de rever “acordos” políticos ilegítimos feitos durante esse período, e que o Judiciário deve exercer um papel importante nessa missão. E, por fim, a integridade do direito concluiria que os princípios do nosso ordenamento jurídico não dão suporte ao “perdão aos torturadores”, que violou o direito à memória e o direito à verdade.

O Ministro Eros Grau responderia a essas colocações alegando que a interpretação idealizada dessa forma não poderia ser aplicada à Lei da Anistia pois, embora em um primeiro momento de seu voto ele tenha assentado que o exercício interpretativo deve ser constitutivo e considerar a realidade atual, posteriormente defendeu que isso não se aplicaria às leis-medidas, categoria na qual a legislação aqui tratada se enquadraria:

As leis-medida (*Massnahmegesetze*) disciplinam diretamente determinados interesses mostrando-se imediatas e concretas. Consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. [...] O Poder Legislativo não veicula comandos abstratos e gerais quando as edita, fazendo-a na pura execução de certas medidas. Um comando concreto é então emitido, revestindo a forma de norma geral. As leis-medida configuram ato administrativo completável por agente da Administração, mas trazendo em si mesmas o resultado específico pretendido, ao qual se dirigem. Daí por que são leis apenas em sentido formal, não o sento, contudo, em sentido material. Cuida-se, então, de lei não-norma. [...] Pois o que se impõe deixarmos bem vincado é a inarredável necessidade de, no caso de lei-medida, interpretar-se, em conjunto com o seu texto, a

realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual¹²⁸.

Há, todavia, algumas problemáticas nessa classificação realizada pelo Ministro Eros Grau. Acunha e Benvindo apontam o equívoco em considerar a Lei da Anistia um mero ato administrativo em sua substância, levando em conta a extensão de seu conteúdo – que abarca, além da questão da anistia, do direito de servidores públicos retornarem aos seus cargos, do direito de sucessores e de direitos de empregados da iniciativa privada – e seus efeitos, que se estendem no tempo até os dias atuais¹²⁹. Não há, portanto, razão para não realizar uma interpretação construtiva e principiológica, da forma recomendada pela integridade do direito, acerca da Lei 6.683, sobretudo porque é essa interpretação que protegeria os direitos fundamentais envolvidos do caso.

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF n. 153/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 29/04/2010. Ver voto do relator, p. 44-45.

¹²⁹ ACUNHA, Fernando José Gonçalves. BENVINDO, Juliano Zaiden. Juiz e historiador, direito e história: uma análise crítico-hermenêutica da interpretação do STF sobre a lei de anistia. Revista NEJ – Eletrônica, vol. 17, n. 2, mai-ago 2012, p. 202.

4. A INCONSTITUCIONALIDADE DA DECISÃO DO STF NA ADPF 153: VIOLAÇÃO DOS DIREITOS À MEMÓRIA E À VERDADE

“É fácil dizer que devemos esquecer tudo em nome da conciliação nacional, enquanto existem tantas famílias que buscam seus filhos sem saber se estão vivos ou onde estão, se estão mortos e em quais cemitérios foram enterrados. Não queremos vingança, mas sim justiça.”

(Rosalina Santa Cruz)

4.1 O direito à memória e o direito à verdade como direitos constitucionais implícitos

Já foi apontado, nesse trabalho, que a decisão do STF na ADPF 153 violou o direito à memória e o direito à verdade. Mas, antes de explicitar melhor esse ponto, é importante entender o significado desses direitos e como eles estão inseridos na ordem constitucional, já que não estão expressos no texto da Constituição.

O direito à memória pode ser entendido como o direito de “conhecer, resgatar e refletir sobre o passado da sociedade”, o que abarca a liberdade para a investigação e para a construção de uma nova história, suprimindo a impunidade e o esquecimento¹³⁰. O direito à verdade traduz a necessidade de se conhecer de forma abrangente os fatos do passado e de fornecer espaço, no debate público, às diferentes narrativas, sobretudo àquelas advindas das vítimas de um período repressivo¹³¹.

No contexto da justiça transicional, o direito à memória e o direito à verdade ostentam especial importância, tanto em relação ao esclarecimento dos fatos históricos, como também

¹³⁰ DANTAS, Fabiana Santos. O direito fundamental à memória. 2008. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008, p. 58.

¹³¹ TORELLY, Marcelo D. Justiça transicional e o Estado Constitucional de Direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Universidade de Brasília, Brasília, 2010, p. 240-241.

propiciando integração social, ao fomentar o debate acerca do passado¹³². A justiça de transição, vale lembrar, representa o “conjunto de medidas jurídicas, políticas e sociais voltadas para o restabelecimento da democracia em uma sociedade marcada por um período de forte violação de direitos humanos”¹³³. Pode-se dizer, ainda, que o direito à memória e o direito à verdade desempenham três funções essenciais na justiça de transição: (i) função social, consolidando o compromisso do Estado com a sociedade em esclarecer os fatos ocorridos, desmascarando o discurso oficial do período repressivo; (ii) função pedagógica, construindo uma cultura de valorização dos direitos fundamentais e uma consciência coletiva acerca das brutalidades que não podem se repetir; (iii) função histórica, que se relaciona com a efetiva investigação acerca do passado e a garantia do direito da coletividade conhecer sua história¹³⁴.

Embora o direito à memória e o direito à verdade não tenham previsão expressa no texto constitucional, eles não deixam de fazer parte do ordenamento jurídico e de ostentar o *status* de direitos fundamentais, pois são considerados direitos constitucionais implícitos. A possibilidade de reconhecimento de direitos não expressos no texto constitucional é prevista na própria Constituição, que, em seu art. 5º, § 2º¹³⁵, prevê uma cláusula de abertura material dos direitos fundamentais. Para que um direito implícito seja considerado fundamental, precisa ter as seguintes características: decorrer do regime democrático e se relacionar com os fundamentos da República Federativa do Brasil, estar em conformidade com os direitos fundamentais expressos no texto constitucional e, por fim, estar conectado com a dignidade da pessoa humana ou a limitação de poder¹³⁶.

O direito à memória e o direito à verdade são fundamentais, pois preenchem todos os requisitos elencados. Tais direitos decorrem do regime democrático uma vez que, na medida em que o Estado reconhece os abusos cometidos em um regime autoritário e tenta resgatar noções de justiça suprimidas pela ditadura, fortalece os valores da democracia¹³⁷. Nesse contexto, “a consolidação de uma memória social crítica em relação ao passado passa a

¹³² TORELLY, Marcelo D. Justiça transicional e o Estado Constitucional de Direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Universidade de Brasília, Brasília, 2010, p. 241.

¹³³ SOUSA, Arnaldo Vieira. Lei da Anistia: o direito entre a memória e o esquecimento. Cadernos UNDB, São Luís, v. 4, jan-dez 2014, p. 11.

¹³⁴ SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. O reconhecimento do direito à verdade e à memória como um direito fundamentalmente implícito no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=94aef38441efa338>. Acesso em 15 de out. de 2020. P. 7-8.

¹³⁵ BRASIL. Constituição Federal, 1988. Art. 5º, § 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹³⁶ SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. Op. Cit., p. 17-18.

¹³⁷ TORELLY, Marcelo D. Op. Cit., p. 251.

funcionar como combustível para a defesa de uma cultura democrática”¹³⁸. Nessa mesma dimensão, a violação do direito à memória e à verdade representa um óbice contundente na consolidação do regime democrático:

[...] a não apuração de crimes pretéritos, a omissão em relação à tortura, à corrupção e aos mais variados desvios, consolida no imaginário social uma ideia de ausência de Estado de Direito que inviabiliza a estabilização de uma democracia constitucional plena. É assim que surge uma memória social que orienta as percepções individuais num sentido de desconfiar da democracia enquanto forma de governo em si, ou da democracia enquanto forma de governo viável, fomentando um senso comum anti-democrático que, justamente por ser sendo comum, consolida-se sem que os próprios agentes percebam suas origens arcaicas na cultura e práticas autoritárias¹³⁹.

Pode-se dizer também que o direito à memória e o direito à verdade estão em conformidade com os direitos fundamentais previstos expressamente no texto constitucional. Além de estarem relacionados ao princípio democrático, são corolários de direitos como o de acesso à informação, previstos no art. 5º, incisos XIV¹⁴⁰ e XXXIII¹⁴¹, da Constituição¹⁴². No mais, o direito à memória também guarda relação com o art. 216¹⁴³ do texto constitucional, que assegura a preservação dos bens constitutivos da memória da sociedade brasileira¹⁴⁴.

Por fim, o direito à memória e à verdade também preenche o requisito de ser consequência da dignidade da pessoa humana. Isso porque, a consolidação desses direitos busca restaurar a dignidade das vítimas do período repressivo, além de ser essencial para que “possamos refletir sobre quem somos no mundo e onde nos encontramos no tempo”¹⁴⁵.

¹³⁸ TORELLY, Marcelo D. Justiça transicional e o Estado Constitucional de Direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Universidade de Brasília, Brasília, 2010, p. 251.

¹³⁹ Ibidem, p. 252.

¹⁴⁰ BRASIL. Constituição Federal, 1988. Art. 5º, XIV: é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

¹⁴¹ Ibidem, XXXIII: todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

¹⁴² SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. O reconhecimento do direito à verdade e à memória como um direito fundamentalmente implícito no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=94aef38441efa338>. Acesso em 15 de out. de 2020. P. 20.

¹⁴³ BRASIL. Constituição Federal, 1988. Art. 216: Constituem patrimônio cultural brasileiro dos bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira [...]

¹⁴⁴ DANTAS, Fabiana Santos. O direito fundamental à memória. 2008. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008, p. 64.

¹⁴⁵ TORELLY, Marcelo D. Op. Cit., p. 250.

4.2 A anistia como forma institucional de esquecimento

Por serem direitos constitucionais fundamentais, o direito à memória e o direito à verdade ocupam uma posição proeminente no ordenamento jurídico e devem ser efetivados pelas instituições, notadamente pelo STF. A Suprema Corte, todavia, violou tais direitos na ADPF 153, ao ratificar o projeto de perdão aos torturadores arquitetado pela própria ditadura militar e, dessa forma, impor mais um obstáculo para que a sociedade possa rever “acordos” ilegítimos do passado e reconstruir efetivamente uma memória acerca do período repressivo. Para justificar sua decisão, o Ministro Eros Grau defende que a revisão da interpretação da Lei da Anistia não se relaciona com o direito à memória e à verdade, pois o acesso aos documentos históricos do período ditatorial seria suficiente para garantir tais direitos:

Se esse Supremo Tribunal Federal reconhecer a legitimidade da Lei de Anistia e, no mesmo compasso, afirmar a possibilidade de acesso aos documentos históricos como forma de exercício ao direito fundamental à verdade, o Brasil certamente estará em condições de, atento às lições do passado, prosseguir na construção madura do futuro democrático¹⁴⁶.

Não obstante, ao contrário do alegado pelo ministro, o acesso aos documentos históricos não é, por si só, suficiente para a consolidação dos direitos aqui tratados. Embora a abertura dos arquivos da ditadura seja uma medida imprescindível à efetivação do direito à memória e à verdade, não é a única, pois tais direitos pressupõem também a satisfação de outras pretensões, como a de construir uma nova história, combater a impunidade dos responsáveis por violações de direitos humanos e abrir um espaço democrático para narrativas suprimidas durante o período autoritário. Cumpre salientar, ainda, que a investigação e a punição dos violadores de direitos humanos é um dos pilares da justiça de transição¹⁴⁷ e, destarte, mostra-se essencial para o restabelecimento da democracia. Não é correto, portanto, que a Suprema Corte trate a

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF n. 153/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 29/04/2010. Ver voto do relator, p. 21.

¹⁴⁷ SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. O reconhecimento do direito à verdade e à memória como um direito fundamentalmente implícito no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=94aef38441efa338>. Acesso em 15 de out. de 2020. P. 5.

responsabilização dos torturadores e autores de outros crimes de lesa-humanidade como providência irrelevante na concretização dos direitos à memória e à verdade.

No mais, o STF ignorou uma questão essencial no debate aqui colocado: a Lei da Anistia, da forma como foi arquitetada, representou uma verdadeira forma institucional de esquecimento. A questão de a anistia representar um mecanismo de esquecimento comandado foi bem elucidada na obra de Ricoeur, que esclareceu como a proximidade entre a anistia e a amnésia representa a formação de um pacto secreto para a supressão da memória:

Além do fato de uma projeção no futuro no modo imperativo ser tão imprópria para o esquecimento quanto para a memória, tal mandamento equivaleria a uma amnésia comandada. Se esta conseguisse ter êxito – e infelizmente nada se constitui em obstáculo à ultrapassagem da tênue linha de demarcação entre anistia e amnésia –, a memória privada e coletiva seria privada da salutar crise de identidade que possibilita uma reapropriação lúcida do passado e de sua carga traumática. Aquém dessa provação, a instituição da anistia só pode responder a um desígnio de terapia social emergencial, sob o signo da utilidade e não da verdade¹⁴⁸.

É importante ressaltar que, no Brasil, não houve nada que mantivesse a fronteira, que por si só já é fraca, entre a anistia e a amnésia. Na realidade, como já explorado nesse trabalho, a Lei 6.683 já nasceu como um projeto de esquecimento, arquitetado pelos próprios militares da ditadura para consolidar sua impunidade. Ainda que se parta do pressuposto de que a anistia bilateral era a única possível, naquele momento, para pôr fim ao período ditatorial, tal premissa apenas confirma o apontamento de Ricoeur no sentido de que a anistia é apenas uma medida emergencial utilitária, mas que em nada auxilia no acesso à verdade.

A forma de transição adotada aqui, marcada pela ausência de uma ruptura completa com a ditadura militar e pela posição central ocupada pelas Forças Armadas, que fabricou acordos para garantir a impunidade de violadores de direitos humanos, impediu um processo nítido de reconstrução da memória¹⁴⁹. Observa-se que o Brasil optou pela forma de transição denominada “esquecimento”, que tem como características principais a concessão abusiva de anistias e a

¹⁴⁸ RICOEUR, Paul. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2007, p. 462.

¹⁴⁹ NAPOLITANO, Marcos. *Recordar é vencer: as dinâmicas e vicissitudes da construção da memória sobre o regime militar brasileiro*. Antíteses, v. 8, nov. 2015, p. 13.

falsificação de um consenso nacional¹⁵⁰. A Lei da Anistia, da forma que vem sendo interpretada, representa uma modalidade de esquecimento oficioso, pois permite que o poder suprima o próprio Estado de direito, constituindo um estado de fato no qual a última palavra acerca de punições por violações de direitos humanos advém dos detentores do poder, e não do direito¹⁵¹. O STF, ao legitimar essa lei, gerou “o maior obstáculo jurídico para o avanço da Justiça de transição no país”¹⁵².

Parece claro que a anistia bilateral viola direitos constitucionais, sobretudo o direito à memória e o direito à verdade, portanto, a postura do STF, na análise da ADPF 153, deveria ter sido a de declarar a não recepção da Lei de Anistia pela Constituição de 1988 ou de realizar uma interpretação conforme o texto constitucional para excluir da anistia os crimes comuns praticados pelos militares. Não obstante, o que se observa é o uso de artifícios argumentativos pela Suprema Corte para evitar o cotejo da referida lei com a Constituição. O primeiro argumento utilizado pelo ministro relator para tanto, e que já foi explorado nesse trabalho, é o de que a Lei da Anistia não seria lei em sentido material, dotada de abstração e generalidade, mas apenas um ato administrativo em sua substância e que, portanto, não seria afetado pela nova ordem constitucional: “a Constituição não recebe, certamente, leis em sentido material, abstratas e gerais, mas não afeta, também certamente, leis-medida que a tenham precedido”¹⁵³. Não obstante, já foi demonstrada também a problemática dessa classificação, pois a lei aqui tratada não representa um mero ato administrativo. O que se verifica, na realidade, é uma tentativa do ministro de colocar a Lei 6.683 em uma categoria de atos normativos que estaria imune ao controle de constitucionalidade. Não há razão nesse argumento, pois o poder constituinte originário é soberano e incondicionado, e não há lei anterior que possa fugir da análise de recepção em relação à Constituição de 1988.

O outro artifício argumentativo utilizado pelo relator para furtar-se da análise da Lei da Anistia sob a luz da Constituição de 1988 é o de que a anistia teria sido incorporada ao texto constitucional por meio de Emenda Constitucional n. 26, de 1985 e, portanto, ostentaria o *status*

¹⁵⁰ SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. O reconhecimento do direito à verdade e à memória como um direito fundamentalmente implícito no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=94aef38441efa338>. Acesso em 15 de out. de 2020. P. 10.

¹⁵¹ TORELLY, Marcelo D. Justiça transicional e o Estado Constitucional de Direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Universidade de Brasília, Brasília, 2010, p. 252.

¹⁵² ABRÃO, Paulo. A Lei de Anistia no Brasil: as alternativas para a verdade e a justiça. Acervo, Rio de Janeiro, v. 24, n° 1, jan-jun 2011, p. 130.

¹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF n. 153/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 29/04/2010. Ver voto do relator, p. 56.

de norma constitucional originária¹⁵⁴. Tal argumento é tão controverso que gera discordâncias inclusive entre os ministros que acompanharam o voto do relator. A Ministra Cármen Lúcia, por exemplo, embora também tenha votado pela improcedência da ADPF 153, assentou de forma expressa sua divergência nesse ponto:

A alegação de que a Emenda Constitucional n. 26/85 integraria a ordem constitucional formalmente instalada em 5 de outubro de 1988 não me convence, porque a Constituição de 1988 é Lei Fundamental no sentido de que é fundante e fundadora, logo o que veio antes e não foi por ela cuidado expressamente para ser mantido não há de merecer o adjetivo de norma integrante do sistema constitucional¹⁵⁵.

Embora o voto da referida magistrada também seja passível de críticas, sobretudo por seu posicionamento no sentido de negar uma nova interpretação à Lei da Anistia, é forçoso concordar com a Ministra Cármen Lúcia nesse ponto. A Emenda Constitucional n. 26/1985 representa a convocação da Assembleia Nacional Constituinte, mas não se confunde com a Constituição de 1988, que funda a si mesma, e nem tampouco tem o condão de limitá-la¹⁵⁶. Para compreender melhor a questão:

Ocorre que, a contrário do que afirma o Ministro Grau, a EC 26/85 não dá origem a Constituição Federal de 1988. Embora atípica a forma de convocação da Assembléia Nacional Constituinte pela via de uma emenda constitucional à constituição anterior, o que insinua um certo continuísmo entre a ordem do antigo regime e a nova ordem constitucional e democrática, não se pode confundir o ato de convocação que resultou numa constituição legítima, numa forma de limitação ab initio do Poder Constituinte que, se soberano não for, também não está em grau de engendrar uma constituição. Numa palavra: ou a Constituição de 88 é produto de um poder constituinte originário e soberano ou esta não é, de fato, uma constituição. Consentir com essa segunda hipótese, ainda que num exercício de crítica do modo com que se deu a transição política no Brasil (a ser chamada hoje de “armistício” pelo STF), é negar toda a tradição do constitucionalismo moderno. A primeiro, porque a Constituição

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF n. 153/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 29/04/2010. Ver voto do relator, p. 69.

¹⁵⁵ Ibidem. Ver voto da Min. Cármen Lúcia, p. 87-88.

¹⁵⁶ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander; BATISTA, Vanessa Oliveira. Constituição e Anistia: Uma análise do discurso do STF no julgamento da ADPF n. 153. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=009a5510ad149a8e>>. Acesso em 3 de out. de 2020. P. 15.

não nasce no ato de sua convocação, mas também porque o momento constituinte não se esgota com sua promulgação¹⁵⁷.

Não subsiste, destarte, nenhuma razão plausível para que a Lei da Anistia não seja analisada sob a luz da Constituição de 1988. E, ao examinar a aludida lei em cotejo com a Lei Maior, parece imperativo concluir que o “perdão aos torturadores” violou o direito à memória e o direito à verdade e não foi recebido pela nova ordem constitucional, que repudia expressamente a tortura e a trata como crime insuscetível de anistia. A decisão do STF na ADPF 153 é inconstitucional e representou um retrocesso para a justiça de transição e para a democracia, pois consolidou o esquecimento acerca do passado repressivo.

4.3 A adesão do STF ao discurso oficial da ditadura militar

O STF violou o direito à memória e à verdade ao negar uma nova interpretação à Lei da Anistia, mas não apenas nesse ponto. Como já explicitado, uma característica importante dos direitos à memória e à verdade é desconstituir o discurso oficial do período repressivo, ao trazer para o debate versões e discursos que foram violentamente reprimidos durante a ditadura e, dessa forma, reconstruir uma nova história. Todavia, o que se observa, a partir da leitura dos votos dos ministros que se posicionaram pelo indeferimento da ADPF 153, é que suas fundamentações abarcam elementos do discurso oficial da ditadura militar. Paradoxalmente, alguns ministros assentam expressamente em seus votos que reconhecem e repudiam os crimes de lesa-humanidade praticados em nome da ditadura, ao mesmo tempo em que abraçam a perspectiva dos militares para legitimar a Lei da Anistia.

O Ministro relator, por exemplo, defende, reiteradamente, que deve-se aceitar a anistia bilateral, pois é a que está em conformidade com o momento de transição conciliada de 1979¹⁵⁸. Tratar os últimos anos da ditadura militar como um momento de conciliação implica minimizar a repressão, a perseguição e a assimetria de poder que foram características de todo o período

¹⁵⁷ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander; BATISTA, Vanessa Oliveira. Constituição e Anistia: Uma análise do discurso do STF no julgamento da ADPF n. 153. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=009a5510ad149a8e>>. Acesso em 3 de out. de 2020. P. 15.

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF n. 153/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 29/04/2010. Ver voto do relator, p. 50.

ditatorial. Esse discurso de fabricação de um consenso, que está presente no voto do relator, representa “um mecanismo de manipulação e construção deficiente da memória”¹⁵⁹. Percebe-se, portanto, que o STF fundamenta-se em uma política conciliatória do esquecimento, que é marcada, entre outras características, pela concessão de anistias, pela fabricação de um consenso a partir de uma suposta superação das ideologias, pelo silêncio acerca de fatos conflituosos e pela busca de uma reconciliação nacional¹⁶⁰. Já foi explicitado, nesse trabalho, como o Ministro Eros Grau, acompanhado por outros ministros, trata a anistia bilateral como resultado de um consenso entre a sociedade e o governo militar e, convenientemente, mantém-se silente acerca da luta da sociedade civil para que os torturadores fossem responsabilizados, bem como sobre os dois projetos de anistia que estavam em disputa. Essa fabricação de consenso pode ser percebida, de forma ainda mais explícita, no voto do Ministro Marco Aurélio, que trata a anistia como um “ato abrangente de amor”¹⁶¹.

A Ministra Cármen Lúcia, de maneira similar, trata a Lei da Anistia como um armistício necessário para colocar fim à guerra entre o governo e a população¹⁶². Todavia, tal percepção também se alinha ao discurso oficial da ditadura, pois trata como uma guerra, que pressupõe relativa igualdade entre os envolvidos, o que na realidade era uma repressão do Estado contra a sociedade civil:

Esta referência a um armistício sugere o discurso oficial daqueles que consentiram com a ditadura de que tratava-se de uma situação de “guerra contra o comunismo”. Trata-se, certamente, de uma forma equivocada de expressão, mas não é demasiado objetar, aqui, que a situação da qual o país emergiu, então, não merece ser abordada como uma “guerra” ao final da qual se celebra um armistício. [...] No Brasil pós-64 não eram dois estados soberanos a guerrearem: era um Estado que se voltava contra seu povo; era um povo que resistia ao arbítrio do Estado. Do ponto de vista estritamente jurídico, é absolutamente assimétrica e desigual esta “guerra”, na qual o aparato estatal se volta contra os indivíduos e ao final da qual qualquer “armistício” implicaria, necessariamente, também numa assimetria¹⁶³.

¹⁵⁹ DANTAS, Fabiana Santos. O direito fundamental à memória. 2008. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008, p. 55.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 48.

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF n. 153/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 29/04/2010. Ver voto do Min. Marco Aurélio, p. 155.

¹⁶² Ibidem. Ver voto da Min. Cármen Lúcia, p. 97.

¹⁶³ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander; BATISTA, Vanessa Oliveira. Constituição e Anistia: Uma análise do discurso do STF no julgamento da ADPF n. 153. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=009a5510ad149a8e>>. Acesso em 3 de out. de 2020. P. 10.

É necessário também apontar as problemáticas na fundamentação utilizada pelo Ministro Gilmar Mendes, que justifica a anistia bilateral a partir da premissa de que atrocidades teriam sido cometidas pelos “dois lados” e de que os atores da luta armada contra a ditadura também pretendiam implementar um regime autoritário:

[...] é certo que muitos dos que recorreram a estes delitos não buscavam a normalidade democrática, mas a defender sistemas políticos autoritários, seja para manter o regime de exceção, seja para instalar novas formas de administração de cunho totalitário, com bases stalinistas, castristas ou maoístas. É notório que, em muitos casos, os autores desses tipos de crimes violentos pretendiam estabelecer sistema de governo totalitário, inclusive com apoio, financiamento e treinamento concedidos por ditaduras estrangeiras¹⁶⁴.

Parece claro que o discurso utilizado pelo Ministro Gilmar Mendes é muito semelhante àquele sustentado pelos militares, segundo o qual o golpe de 1964 foi necessário para combater uma ameaça comunista e a tortura só foi utilizada pois eles lidavam com terroristas que ameaçavam a todos e planejavam instituir uma “ditadura de esquerda”. Ainda que não se adentre a discussão sobre se a guerrilha armada teria sido um método de resistência legítimo ou não, é certo que discursos que tratam resistentes como terroristas fazem parte de uma semântica autoritária¹⁶⁵. É importante salientar que “o direito à verdade não busca garantir que toda a sociedade veja os resistentes como resistentes, mas sim que sua versão sobre o conflito torne-se igualmente conhecida àquela versão oficiosa produzida pela repressão”¹⁶⁶. Não obstante, no aludido voto, não há esforço algum em garantir o direito à verdade e trazer à tona a versão daqueles que lutaram contra a ditadura militar. Na verdade, há uma mera reprodução do discurso fabricado pelo regime ditatorial, porquanto o ministro trata a suposta tentativa dos opositores de implementar uma ditadura de esquerda financiada por governos estrangeiros como verdade histórica sem, no entanto, apontar nenhuma fonte ou referência que a sustente.

Embora o direito à verdade pressuponha a coexistência e o debate entre diferentes perspectivas sobre o mesmo fato, não é razoável abarcar discursos fabricados ardilosamente pelos militares para justificar o regime de exceção e as torturas. É necessário, pelo contrário,

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF n. 153/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 29/04/2010. Ver voto do Min. Gilmar Mendes, p. 239.

¹⁶⁵ TORELLY, Marcelo D. Justiça transicional e o Estado Constitucional de Direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Universidade de Brasília, Brasília, 2010, p. 240.

¹⁶⁶ Ibidem.

desconstituir esse discurso oficial da ditadura e fornecer espaço para que aqueles que foram reprimidos e perseguidos durante o período ditatorial possam finalmente fornecer sua versão dos fatos. O Ministro Gilmar Mendes adota, portanto, um discurso que não deveria ter força em uma democracia:

A punição ilegal ou extralegal aos crimes contra o Estado, se generalizados como sistema repressivo, não mais pode ser sustentado pelos discursos oficiais de “guerra suja”, “defesa da ordem”, chancelados por historiadores ou instituições que tradicionalmente apagava as violências e vilanias cometidas contra opositores em prol do discurso ufanista que assumia a perspectiva do repressor¹⁶⁷.

Uma análise histórica da luta armada contra o regime militar, da forma em que o Ministro Gilmar Mendes tentou realizar, demanda que seja narrado não apenas o que os opositores fizeram, mas também o que eles sofreram:

[...] enquanto não se souber “o que foi feito com eles”, haverá uma lacuna de verdade que contaminará a narrativa histórica como um todo, elidindo a análise distanciada e crítica das opções políticas e suas consequências ideológicas efetivas da esquerda armada¹⁶⁸.

Não obstante, o ministro não se preocupa em realizar uma análise completa e discurrir acerca da repressão sofrida por aqueles que fizeram parte da resistência armada. Pelo contrário, constrói uma falsa simetria entre a guerrilha e o governo militar, naturalizando a utilização, pelo Estado, de meios extralegais, como a tortura, no combate a crimes.

Pelo todo aqui exposto, é forçoso concluir que o STF violou o direito à memória e o direito à verdade não somente ao ratificar o perdão aos torturadores, mas também ao reproduzir, como fundamento para a decisão, o discurso oficial da ditadura militar. Percebe-se que o STF aderiu à ditadura, mantendo viva uma mentalidade conservadora e autoritária que se transmite

¹⁶⁷ NAPOLITANO, Marcos. Recordar é vencer: *as dinâmicas e vicissitudes da construção da memória sobre o regime militar brasileiro*. Antíteses, v. 8, nov. 2015, p. 13.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 14.

transgeracionalmente no judiciário desde o período repressivo¹⁶⁹. E, ao aderir o discurso da ditadura, o STF consolidou o esquecimento acerca do período ao contribuir com o que Ricoeur classifica como “memória manipulada”:

O recurso à narrativa torna-se assim a armadilha, quando potências superiores passam a direcionar a composição da intriga e impõem uma narrativa canônica por meio de intimidação ou de sedução, de medo ou de lisonja. **Está em ação aqui uma forma ardilosa de esquecimento, resultante do desapossamento dos atores sociais de seu poder originário de narrarem a si mesmos. Mas esse desapossamento não existe sem uma cumplicidade secreta, que faz do esquecimento um comportamento semipassivo e semi-ativo**, como se vê no esquecimento de fuga, expressão da má-fé, e sua estratégia de evitação motivada por uma obscura vontade de não se informar, de não investigar o mal cometido pelo meio que cerca o cidadão, em suma por um querer-não-saber¹⁷⁰. (grifos meus)

A Suprema Corte, ao fabricar um consenso acerca do período de transição para a democracia, ao calar-se sobre a luta da sociedade civil para que os torturadores fossem punidos e sobre os projetos de anistia que estavam em disputa, e ao tratar os opositores do governo militar como pretensos ditadores, suprime a versão dos atores sociais que foram reprimidos durante a ditadura e age em cumplicidade com o regime ditatorial no processo de esquecimento.

4.4 Anistia e prescrição penal

Por fim, é importante chamar atenção para um argumento adotado por alguns dos ministros que votaram pela improcedência da ADPF 153: o de que o julgamento em questão não teria utilidade, uma vez que, ainda que se reconhecesse a não recepção da anistia bilateral pela Constituição, não haveria nenhuma consequência prática, pois os crimes cometidos pelos militares estariam prescritos. O Ministro Marco Aurélio alega que, haja vista a incidência da prescrição, a discussão acerca da Lei de Anistia seria “estritamente acadêmica, para ficar nos

¹⁶⁹ ABRÃO, Paulo. A Lei de Anistia no Brasil: as alternativas para a verdade e a justiça. Acervo, Rio de Janeiro, v. 24, nº 1, jan-jun 2011, p. 124.

¹⁷⁰ RICOEUR, Paul. A memória, a história, o esquecimento. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2007, p. 455.

Anais do Tribunal”¹⁷¹. O Ministro Cezar Peluso, de maneira similar, argumenta que a consumação do prazo prescricional despiria de qualquer utilidade a procedência da ADPF 153:

E a pergunta decisiva seria: qual o interesse legítimo – não digo apenas o interesse jurídico – que ficaria, que restaria para justificar o julgamento de procedência desta ação? Ela não serviria para instauração de ação penal, porque todas as ações penais estão prescritas, de modo que, na matéria, não se poderia chegar a nenhuma sentença de mérito! Qual, portanto, a utilidade do julgamento de procedência desta ação? Ela não tem nenhuma repercussão de ordem prática, nenhuma, no campo jurídico¹⁷².

Tais argumentos são problemáticos, pois condicionam a efetivação de direitos fundamentais a uma perspectiva de utilidade. A função institucional do STF é guardar a Constituição, o que engloba a decisão a respeito da conformidade de atos normativos com o texto constitucional. Não se trata de decidir apenas o que os ministros consideram ter utilidade prática, mas sim de resguardar direitos constitucionais, e já foi demonstrado nesse trabalho como uma nova interpretação da Lei da Anistia é necessária para concretização do direito à memória e do direito à verdade. Como explica Dworkin, é moralmente incoerente deixar que questões de princípio sejam decididas a partir de cálculos utilitaristas¹⁷³.

No mais, a questão questionada na ADPF 153 é a da anistia e não a da prescrição. Os dois institutos se diferem não apenas no que tange às suas funções práticas, mas também em relação ao que representam. Segundo Ricoeur, enquanto a anistia objetiva apagar o passado e anular as marcas do período repressivo como se nada houvesse ocorrido, a prescrição é uma mera limitação nas consequências penais da ação cometida¹⁷⁴. Tal distinção é essencial na discussão aqui colocada, pois, ainda que fossem deflagradas ações penais contra os militares e, casuisticamente, fossem alcançadas as conclusões de que os crimes estariam prescritos, a discussão acerca da anistia não deixaria de ser importante. Deve-se levar em conta que os processos judiciais – sobretudo aqueles decididos por uma Suprema Corte, que normalmente afetam a todos – ostentam uma importância que vai além do direito, pois um julgamento errado leva a um risco permanente de injustiça pública¹⁷⁵. Na ADPF 153, a questão colocada era a

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF n. 153/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 29/04/2010. Ver voto do Min. Marco Aurélio, p. 154.

¹⁷² Ibidem. Ver voto do Min. Cezar Peluso, p. 211.

¹⁷³ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Martins Fontes, São Paulo, 2001, p. 138.

¹⁷⁴ RICOEUR, Paul. A memória, a história, o esquecimento. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2007, p. 477.

¹⁷⁵ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Martins Fontes, São Paulo, 1999, p. 3-4.

interpretação de uma lei que foi arquitetada como parte de um projeto de esquecimento e o reconhecimento de que a impunidade de responsáveis por crimes de lesa-humanidade viola direitos constitucionais. Diminuir a importância de um pronunciamento da Corte guardiã da Constituição acerca dessas questões por conta da possível incidência da prescrição sobre as ações penais eventualmente interpostas, é diminuir a importância do STF no Estado democrático de direito. O direito à memória e à verdade pressupõem a construção de uma nova história, e não se pode olvidar a responsabilidade das instituições democráticas, inclusive do STF, nessa missão.

Como já visto, a decisão do STF no caso aqui tratado suprimiu o direito à memória e o direito à verdade, reconheceu a legitimidade de um projeto de esquecimento e aderiu expressamente ao discurso da ditadura militar, e esse problema vai além da questão da prescrição. Parece claro, destarte, que uma análise da prescrição penal deveria ser realizada caso a caso, após o reconhecimento público, pelo STF, de que a anistia bilateral viola diversos preceitos constitucionais. Segundo Ricoeur, ainda mais importante do que a efetiva punição, é a palavra de justiça que declara publicamente as responsabilidades individuais e coloca o agressor e a vítima em suas devidas posições de justa distância¹⁷⁶. Essa palavra de justiça não foi efetivada pela Suprema Corte, que apenas deu continuidade ao projeto da ditadura militar.

No mais, é importante ressaltar que o STF, ao assentar que os crimes cometidos pelos militares em nome da ditadura estariam prescritos, caminha em sentido oposto à jurisprudência internacional dos direitos humanos, segundo a qual os crimes de lesa-humanidade são imprescritíveis. A Corte Interamericana de Direitos Humanos já possuía, na época em que a ADPF 153 foi julgada, entendimento pacífico nesse sentido, que foi inclusive citado por alguns dos ministros, que, no entanto, rechaçaram tal entendimento sob o argumento de que a autoridade da Corte só valeria para fatos ocorridos após seu reconhecimento pelo Brasil.

Posteriormente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reafirmou seu posicionamento em condenações sofridas pelo Brasil no âmbito internacional. No caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, restou assentado que leis que anistiam graves violações de direitos humanos são incompatíveis com as obrigações assumidas internacionalmente pelo Brasil, e que “são inadmissíveis as disposições de anistia, o prazo de prescrição e o estabelecimento de exclusões de responsabilidade que visam impedir a

¹⁷⁶ RICOEUR, Paul. A memória, a história, o esquecimento. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2007, p. 481.

investigação e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos”¹⁷⁷. No caso Herzog e Outros vs. Brasil, a Corte mais uma vez esclareceu que o Brasil não pode invocar leis de anistia, prescrição ou qualquer outra disposição que limite sua responsabilidade na investigação e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos¹⁷⁸.

O entendimento da Corte, do qual o STF diverge, parece ser mais adequado por garantir maior efetividade aos direitos fundamentais. No mais, os crimes de lesa-humanidade afetam a sociedade de forma tão desumana e grave, perpetuando-se de forma indefinida no tempo, que a sua investigação e punição, bem como o reconhecimento de sua imprescritibilidade, são normas cogentes, e independem da ratificação de algum tratado específico¹⁷⁹. Nesse ponto, não prospera o argumento usado pelos ministros da Suprema Corte no sentido de que a imprescritibilidade não se aplica à tortura cometida durante a ditadura militar, que ocorreu antes que o Brasil assumisse formalmente compromissos internacionais de combate ao aludido crime e reconhecesse a autoridade da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Deve-se considerar também que os tratados que o país assina são vinculantes, e que as sentenças internacionais condenatórias são de cumprimento obrigatório¹⁸⁰. Logo, como o Brasil foi condenado, em duas ocasiões, por não investigar e punir crimes de lesa-humanidade, é imperativo que o país cumpra as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e supere os obstáculos – como a Lei de Anistia e a prescrição penal – para a persecução de tais delitos.

¹⁷⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=342&lang=es>

¹⁷⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Herzog e Outros vs. Brasil. Sentença de 15 de março de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_esp.pdf.

¹⁷⁹ MOREIRA, Thiago Oliveira; CARVALHO, Juliana Santos de. OS CRIMES DE LESA-HUMANIDADE IMPRESCRITÍVEIS DA DITADURA MILITAR. Revista Transgressões, v. 1, n. 2, p. 140-163, 27 jan. 2015, p. 149.

¹⁸⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 19 – jan./jun. 2012, p. 91.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Também desfiguraram o meu rosto com umas coisas que queimavam. [...] Cobra também botaram em cima de mim. Fizeram umas coisas desse tipo... De vez em quando, eles me levavam ao médico, que me examinava para ver se eu estava em boas condições físicas. Quer dizer, para continuar a me torturar.”¹⁸¹

(Jussara Martins Albernaz)

A Lei da Anistia representa, atualmente, um dos principais óbices à efetivação da memória acerca da ditadura militar. A Suprema Corte, quando teve a oportunidade de se debruçar sobre a questão, não apresentou uma resposta satisfatória, porquanto optou por dar continuidade ao projeto de esquecimento em detrimento à efetivação dos direitos à memória e à verdade. Na realidade, a análise da ADPF 153 demonstra que o STF não apenas deixou de efetivar tais direitos, como também contribuiu para sua violação, utilizando, para tanto, fundamentações problemáticas.

Todo o exposto nesse trabalho demonstra a falibilidade dos argumentos utilizados pelos ministros do STF na ADPF 153 para evitar uma nova interpretação da Lei 6.683/1979. O pressuposto de que a sociedade civil teria lutado e concordado com a extensão da anistia aos militares é equivocado, pois oculta a limitação da participação popular, a assimetria de poder e a repressão por parte do governo, características da época em que a Lei da Anistia foi aprovada, bem como a movimentação social para que os autores dos crimes de lesa-humanidade, cometidos em nome da ditadura, fossem punidos. No mais, a análise das condições em que o debate da anistia ocorreu, sob a luz da perspectiva habermasiana, demonstra como estavam longe de serem cumpridos os requisitos mínimos para que a aludida norma pudesse ser considerada válida e legítima.

¹⁸¹ Testemunho de Jussara Martins Albernaz à Comissão Nacional da Verdade, em 15 de agosto de 2013. Disponível em: http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/depoimentos/vitimas_civis/00092_000611_2014_80_degravacao.pdf.

O argumento de que a anistia deve ser considerada bilateral por ter sido essa a intenção do legislador ao aprovar a lei é igualmente problemático, como foi possível concluir a partir das críticas feitas por Dworkin ao originalismo. O STF baseia-se em meras suposições para consolidar a impunidade dos autores de crimes de lesa-humanidade, na medida em que não apresenta nenhuma prova independente de que os legisladores da época tinham alguma intenção pertinente, e falha em definir o que seria exatamente a “intenção do legislador” na qual se baseia. Ainda que fosse possível chegar a uma suposta intenção legislativa, parece evidente que a intenção dos responsáveis pelo golpe que deixou o país em um estado de exceção por mais de vinte anos e pelas graves violações de direitos humanos não deveria ser levada em conta no momento de interpretação da lei. O modo mais adequado de interpretar a Lei da Anistia levaria em conta a integridade do direito, que realiza uma análise principiológica e apenas se vira ao passado para reproduzir uma história digna de ser contada no presente, na medida em que a interpretação deve ser considerada um processo em desenvolvimento.

Por fim, parece claro que o STF, ao negar uma nova interpretação à Lei de Anistia, vilipendiou o direito à memória e à verdade, que caracterizam-se por serem direitos fundamentais e por ocuparem posição proeminente no ordenamento jurídico, ainda que estejam implícitos no texto constitucional. A Suprema Corte se equivocou ao tratar a questão da anistia como irrelevante na concretização de tais direitos, porquanto a investigação e a punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos é um dos pilares da justiça de transição e uma importante dimensão dos direitos à memória e à verdade. Os ministros que votaram pela improcedência da ADPF 153 auxiliaram a construção de uma memória manipulada e consolidaram o esquecimento oficioso acerca do passado, apoiando-se em artifícios argumentativos para evitar o cotejo da Lei de Anistia com a Constituição e em fundamentos que se alinham ao próprio discurso oficial da ditadura militar. O posicionamento do STF acerca da interpretação da Lei da Anistia constitui um entrave determinante no conhecimento do passado repressivo e na reconstrução da memória acerca do período ditatorial.

A situação inconstitucional de interdição da memória vivida no Brasil ratifica a urgência em se superar obstáculos – como a anistia e a prescrição penal – à responsabilização dos responsáveis pelos crimes de lesa-humanidade. Embora o STF tenha tratado como se a revisão da Lei da Anistia fosse uma incumbência exclusiva do Poder Legislativo, a Corte tem um papel importante na efetivação dos direitos à memória e à verdade e no desenvolvimento da justiça de transição. O resultado da ADPF 153, destarte, deveria ter sido a declaração de não recepção da Lei 6.683 pelo texto constitucional ou a interpretação conforme a Constituição para excluir

da anistia os crimes comuns praticados pelos militares, ante a notória violação de direitos constitucionais implícitos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Paulo. A Lei de Anistia no Brasil: as alternativas para a verdade e a justiça. Acervo, Rio de Janeiro, v. 24, nº 1, jan-jun 2011.

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. Mutações do conceito de anistia na justiça brasileira: *a terceira fase de luta pela anistia*. Revista de Direito Brasileira, 2012.

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. BENVINDO, Juliano Zaiden. Juiz e historiador, direito e história: uma análise crítico-hermenêutica da interpretação do STF sobre a lei de anistia. Revista NEJ – Eletrônica, vol. 17, n. 2, mai-ago 2012.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. “Brasil: Nunca Mais”. Petrópolis, Vozes, 1985.

BRASIL. Constituição Federal, 1988.

BRASIL. Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF n. 153/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 29/04/2010.

CONGRESSO NACIONAL. Comissão Mista sobre Anistia. Anistia. Brasília: [Centro Gráfico do Senado Federal], 1982.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=342&lang=es.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Herzog e Outros vs. Brasil. Sentença de 15 de março de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_esp.pdf.

DANTAS, Fabiana Santos. O direito fundamental à memória. 2008. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008.

DWORKIN, Ronald. Is democracy possible here? Principles for a new political debate. Princeton University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. Justice in robes. Harvard University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Martins Fontes, São Paulo, 2002.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. Martins Fontes, São Paulo, 1999.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Martins Fontes, São Paulo, 2001.

FICO, Carlos. A negociação parlamentar da anistia de 1979 e o chamado perdão aos torturadores. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. p. 318-332. Brasília: Ministério da Justiça, jul.-dez. 2010.

FICO, Carlos. História do Tempo Presente, eventos traumáticos e documentos sensíveis: *o caso brasileiro*. VARIA HISTÓRIA, Belo Horizonte, vol. 28, n. 47, jan/jun 2012.

G1. ‘Enquanto me dava choques, Ustra me batia com cipó e gritava’, diz torturado na ditadura. G1. 19 de abril de 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/04/enquanto-me-dava-choques-ustra-me-batia-com-cipo-e-gritava-diz-torturado-na-ditadura.html>>. Acesso em 20 de out. de 2020.

GALLO, Carlos Artur. O Brasil entre a memória, o esquecimento e a (in)justiça: *uma análise do julgamento da ADPF n. 153 pelo Supremo Tribunal Federal*. Revista Brasileira de Ciência Política, Brasília, n. 24, setembro – dezembro de 2017.

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: *entre facticidade e validade*. Volume I. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: *entre facticidade e validade*. Volume II. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Verdade e Justificação: *ensaios filosóficos*. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HUMAN RIGHTS WATCH. Dados sobre as mortes e torturas no regime militar brasileiro. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/news/2019/03/27/328618>>. Acesso em 22 de set. de 2020.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander; BATISTA, Vanessa Oliveira. Constituição e Anistia: Uma análise do discurso do STF no julgamento da ADPF n. 153. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=009a5510ad149a8e>>. Acesso em 3 de out. de 2020.

MOREIRA, Thiago Oliveira; CARVALHO, Juliana Santos de. OS CRIMES DE LESA-HUMANIDADE IMPRESCRITÍVEIS DA DITADURA MILITAR. Revista Transgressões, v. 1, n. 2, p. 140-163, 27 jan. 2015.

NAPOLITANO, Marcos. Recordar é vencer: *as dinâmicas e vicissitudes da construção da memória sobre o regime militar brasileiro*. Antíteses, v. 8, nov. 2015, p. 27.

OLIVEIRA, Lucas. *As dinâmicas da luta pela anistia na transição política*. 2015. Dissertação (Mestrado em História Social) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2015.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 19 – jan./jun. 2012.

RICOEUR, Paul. A memória, a história, o esquecimento. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2007.

SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. O reconhecimento do direito à verdade e à memória como um direito fundamentalmente implícito no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=94aef38441efa338>. Acesso em 15 de out. de 2020.

SILVA, Ianaiê. Anistia em debate: a análise da decisão da ação de descumprimento de preceito fundamental nº 153 e seus reflexos no Estado Democrático. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=67974233917cea0e>. Acesso em 25 de set. de 2020.

SOUSA, Arnaldo Vieira. Lei da Anistia: o direito entre a memória e o esquecimento. Cadernos UNDB, São Luís, v. 4, jan-dez 2014.

TORELLY, Marcelo D. Justiça transicional e o Estado Constitucional de Direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

WESTIN, Ricardo. *Há 40 anos, Lei da Anistia preparou caminho para o fim da ditadura*. Agência Senado, 5 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/ha-40-anos-lei-de-anistia-preparou-caminho-para-fim-da-ditadura>. Acesso em: 9 de set. de 2020.